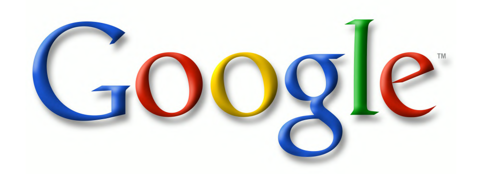



B 1,148,284

Archiv für öffentliches Recht.

ARCHIV
FÜR
ÖFFENTLICHES RECHT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. PAUL LABAND
PROFESSOR DER RECHTE IN STRASSBURG I. E.

Dr. OTTO MAYER
PROFESSOR DER RECHTE IN LEIPZIG

UND

Dr. FELIX STOERK
PROFESSOR DER RECHTE IN GREIFSWALD.

EINUNDZWANZIGSTER BAND.



TÜBINGEN
VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
1907.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhalts-Verzeichnis.

II. Quellen und Entscheidungen. Seite

III. Literatur.

Verzeichnis der Mitarbeiter.

Affolter, A., Dr. iur., Mitglied des Bundesgerichts, Lausanne. S. 410-436.
Behr, Chr., Rat, Hamburg. S. 347-350.
Bernheim, E., Dr. Professor, Geheimrat, Greifwald. S. 350—351.
Boehm, Joseph, Dr. iur., Berlin. S. 222-253.
Bonin, Burkh. v., Dr. iur., Potsdam. S. 523-535.
Bräuer, Karl, Dr. iur., Frankfurt-Main—Bockenheim. S. 523—587.
Fleischmann, Dr., Privatdozent, Halle (Saale). S. 607—609.
Frankenberg, H. v., Stadtrat, Braunschweig. S. 181—221.
Giese, F., Dr., Bonn. S. 604-607.
Hauptmann, Felix, Dr., Grosslichterfelde. S. 146—173, 536-538.
Herrnritt, v., Dr. Professor, Wien. S. 459-466.
Hilse, Benno, Dr., Kreisgerichtsrat a. D., Berlin. S. 267-271.
Hölder, E., Dr., Professor, Geheimrat, Leipzig. S. 308-346.
Inhulsen, C. H. P., Dr., Rechtsanwalt, London. S. 254—266, 437—444.
Keetmann, E., Staatsanwalt, Strassburg (Els.). S. 71-145.
Laband, Paul, Dr. Prof., Staatsrat, Strassburg (Els.). S. 467—498.
Maas, Georg, Dr. iur., Zehlendorf. S. 174—175.
Mayer, Otto, Dr. Professor, Geh. Hofrat, Leipzig. S. 1—70, 445—456, 499-522.
Radnitzkiy, Ernst, Dr., Wien. S. 380—409.
Spiegel, Ludwig, Dr. Professor, Prag. S. 175—179, 538—539.
Wengler, Geh. Ober-Reg.-Rat, Leipzig. S. 609—610.
Wittmaack, H., Reichsgerichtsrat a. D., Leipzig. S. 353-379.
Zorn, Albert, Dr., Regierungsassessor, Posen. S. 272—307, 456—459.

Aufsätze.

Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen.

Von

Otto Mayer.

I.

Die ganze Verwaltungsrechtspflege beruht auf der Uebertragung einer Reihe von Begriffen und Einrichtungen des Zivilprozessrechtes auf die Tätigkeit der als Verwaltungsgerichte bezeichneten Verwaltungsbehörden. So ist sie denn auch mit einem Problem belastet worden, das der Wissenschaft des Zivilprozesses schon viel zu schaffen gemacht hat, mit dem Problem der Rechtskraft. Es ist für sie von vornherein nicht leichter und einfacher; im Gegenteil: die Notwendigkeit der Anpassung an die neuen und eigenartigen Verhältnisse, die hier gegeben sind, bedeutet zunächst eine Vermehrung der Fragen und Schwierigkeiten. Das gilt von dem herübergenommenen Prozessrecht überhaupt. Aber für die wissenschaftliche Erkenntnis kann ja nichts erwünschter und förderlicher sein als derartige Verpflanzungen auf fremden Boden. In der neuen Umgebung erhält das Gewohnte neues Licht; was wesentlich daran ist, tritt schärfer hervor und das

Nebensächliche wird als solches erkannt und abgestreift. Für die Zivilprozesslehre kann die Idee der Rechtsschutzanstalt in den Mittelpunkt gestellt bleiben. In der Verwaltung sehen wir, dass der Staat seiner „Rechtsschutzpflicht“ grundsätzlich durch die gewöhnlichen Verwaltungsbehörden und nicht in Form einer besonders geordneten Rechtspflege genügt [1], und dass überdies die Verwaltungsrechtspflege, wie sie geordnet ist, auch solche Fälle begreift, wo weder ein vorausbestehendes noch ein zu begründendes Recht in Frage steht, Rechtsschutz also überhaupt nicht gemeint sein kann [2]. Also nicht was gemacht wird, sondern nur, wie es gemacht wird, muss massgebend sein für den Begriff der Rechtspflege. Der Begriff drängt sich noch weiter zusammen, wenn in der Verwaltung obrigkeitliche Bestimmung dessen, was im Einzelfall Rechtens sein soll, auch ausserhalb der Verwaltungsrechtspflege in weitem Masse stattfindet [3], wenn hier ein und dieselbe Behörde in gleicher Zusammensetzung und persönlicher Rechtsstellung bald gewöhnliche obrigkeitliche Verwaltung, bald Verwaltungsrechtspflege übt [4]. Schliesslich bleibt nur ein einziges Unterscheidungsmerkmal: die besondere Rechtsstellung der Beteiligten, ob sie als Parteien im Sinne des Zivilprozesses dabei mitwirken oder nicht. Die Verwaltungsrechts-

---

[1] JELLINEK, System der subj. öff. Rechte S. 357: „In allen Fällen nun, in denen der Verwaltung individuelles Recht gegenübersteht, wird dieses in erster Linie durch die pflichtgemässe Tätigkeit der Behörden zu schützen sein.“

[2] TEZNER, die gegenwärtigen Theorien der Verw.-R.-Pfl. S. 211 Note 19; dazu Arch. f. öff. R. XVII S. 143. Nachweise im einzelnen bei O. MUELLER, Begriffe der Verw.-R.-Pfl. und des Verw.-Streitverfahrens S. 11 ff.

[3] Man muss eigentlich jede Gelegenheit benutzen, um daran zu erinnern, dass es etwas gibt, was man übereingekommen ist als Verwaltungsakt zu bezeichnen, und dass mit der Aufnahme dieses Begriffs in die Wirklichkeit unseres öffentlichen Rechtes etwas Grosses geschehen ist.

[4] Es wäre bloss an den Preussischen Kreisausschuss und Bezirksausschuss, an die Bayrische Kreisregierung, an die Sächsische Kreishauptmannschaft, an den Badischen Bezirksrat zu denken.

pflege muss mit diesem bestimmten formalen Elemente auskommen, um sich zu kennzeichnen und die ihr eigentümlichen Wirkungen zu erklären, die Rechtskraft mit inbegriffen. Sache der Verwaltungsrechtswissenschaft allerdings müsste es sein, nachzuweisen, dass sie auch wirklich damit auskommt. Die Wissenschaft des Zivilprozessrechtes würde gewiss daraus auch für sich ihre Folgerungen ziehen. Sehen wir ja doch, wie sie gerade jetzt besonders eifrig daran ist, Brücken zu schlagen, die sie mit unserem Gebiete, mit dem des öffentlichen Rechtes im engeren Sinne besser verbinden sollen. Eine neuere Richtung, die immer mehr Boden gewinnt, hat die Lehre ausgebildet von gewissen prozessualen und vorprozessualen Rechten, welche dem einzelnen zustehen sollen gegen den Staat, gegen die in der Justiz tätige öffentliche Gewalt: das Klagerecht, der Rechtsschutzanspruch, der Urteilsanspruch, das Recht auf rechtliches Gehör u. s. w.[5]. Diese Rechte aber sind publizistischer Art, das wird mit aller Entschiedenheit behauptet, und andrerseits sollen sie eine feste Grundlage abgeben für den ganzen Aufbau der Lehre vom Zivilprozessrecht[6]. Publizistische Rechte, subjektive öffentliche Rechte

[5] Degenkolb, der in seiner Schrift: Einlassung und Urteilsnorm S. 15 ff., S. 26 ff. seiner Zeit sehr wesentlich dazu beitrug, diese Lehre in Fluss zu bringen, hat neuerdings in seinen Beiträgen zum Zivilprozess wieder eine kritische Beleuchtung der verschiedenen Richtungen gegeben, nach welchen sie sich seither entwickelt hat. Vgl. auch Langheineken, der Urteilsanspruch S. 3 ff.; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit.

[6] Hellwig a. a. O. S. 5. — Sehr bezeichnend für die Sachlage ist der geringe Erfolg Kohlers, der, dem öffentlichen Rechte verhältnismässig fern stehend, in Prozessrechtliche Forschungen S. 77 und Prozess als Rechtsverhältnis S. 13 ff. den Gedanken eines publizistischen Rechtes des Einzelnen gegen den Staat entschieden abgelehnt und den Rechtsschutzanspruch in Vergleich gestellt hat mit einem „Anspruch“ auf frische Luft oder auf Vertilgung der Reblaus. Hellwig a. a. O. tritt ihm scharf entgegen und auch sonst hat man sich bezüglich dieses Punktes mit seltner Aufrichtigkeit geäussert: Jellinek, Syst. d. subj. öff. Rechte S. 125 Note; R. Schmidt, Prozessrecht und Staatsrecht S. 16. Vergl. auch Langheineken, Urteilsanspruch S. 13 ff.; Wach, Feststellungsanspruch S. 28.

— das ist natürlich unser Fall, ein wichtiges Stück unserer allgemeinen Lehren kommt hier in Frage [7]. Wir hätten also bei diesen neuen Konstruktionsversuchen ein bedeutendes Wort mitzureden oder, bescheidener gesagt, die Prozessualisten müssten bei uns die fertigen Bausteine finden für ihren Bau.

Allein es ist offenbar, dass wir zur Zeit das dazu erforderliche Vertrauen nicht geniessen. Weder für diese allgemeinen Lehren noch für die vielleicht enger als man glaubt damit zusammenhängende Lehre von der Rechtskraft wird ernstlich der Anschluss an uns gesucht. Tatsächlich ist gerade in den letzten Jahren eine Reihe grösserer, zum Teil sogar hervorragender Arbeiten über die Rechtskraft im Zivilprozesse erschienen [8]. Das Problem wurde mit Entschlossenheit angefasst, namentlich auch der englische und französische Zivilprozess rechtsvergleichend herangezogen. Dass bei dem viel näher liegenden deutschen Verwaltungsrechte etwas zu holen wäre, bleibt regelmässig ganz ausser Ansatz.

Billigerweise wird freilich zugegeben werden müssen, dass das seinen guten Grund hat in dem gegenwärtigen Stande der Sache bei der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft selbst. Der Aufgabe, die Rechtskraftidee der Eigenart ihres Rechtsgebietes anzupassen und selbständig dafür zu entfalten, ist sie bisher nicht gerecht geworden. Es besteht darüber bei uns überhaupt keine geschlossene Lehre. Es gibt nur Anläufe dazu.

Mehr als ein solcher Anlauf konnten die kurzen Ausfüh-

[7] JELLINEK, Syst. d. subj. öff. Rechte S. 124 ff. zieht mit Recht auch diese Lehren der Prozessualisten herein. Man möchte vielleicht bedauern, dass er sie so leichten Kaufes wieder loslässt. Es wäre so mancherlei dazu zu bemerken, gerade von seinem Standpunkte aus: die Unterscheidung zwischen einem wirklichen öffentlichen Recht und einem blossen Status ist noch gar nicht scharf genug durchgeführt.

[8] Ich nenne: HELLWIG, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft; KISCH, Beiträge zur Urteilslehre; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Grenzen der Rechtskraft; PAGENSTECHER, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft.

rungen in § 13 und § 14 meines deutschen Verwaltungsrechts nicht sein wollen. Das Gleiche gilt von der zur selben Zeit erschienenen kleinen Schrift von O. MUELLER: Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach Preussischem Recht — so viel Gutes sie enthalten mag. Daneben finden sich wohl noch fruchtbare Erörterungen der einen oder anderen Frage, die mit der Rechtskraft zusammenhängt. Es wäre hier vor allem hervorzuheben FUISTINGS treffliche Abhandlung zum Preussischen Einkommensteuergesetz im Verwaltungsarchiv [9], wo mit besonderer Schärfe der Wesensunterschied zwischen Verwaltungsrechtspflege und Beschwerdeverfahren zur Klarheit gebracht und damit auch die wahre Grundlage der Rechtskraft aufgewiesen wird.

Aber auch die verhältnismässig umfangreichste Abhandlung, welche den Gegenstand ex professo behandelt, die von LOENING im Verwaltungsarchiv Bd. VII S. 1 ff., ist wohl kaum geeignet, einen gewissen Abschluss zu bedeuten, obschon sie zur Zeit mit Vorliebe zitiert wird, wenn ein derartiges Zitat am Platze scheint. LOENING geht dort sehr scharf ins Gericht mit den Leuten, welche den Versuch wagen, eigne Gedanken über den Gegenstand zu haben, namentlich O. MUELLER wird meines Erachtens nicht immer gerecht behandelt. Aber es scheint mir, dass er selbst über eine ganz äusserliche Anwendung gewisser Formeln der Zivilprozesslehre, die auch dort von keinem so unbedingten Werte sind, nicht hinauskommt. Auf diesem Wege werden wir nicht darauf rechnen können, bei den Prozessualisten Eindruck zu machen. Wahrscheinlich wird das aber überhaupt nicht geschehen, bevor wir uns erst unter einander etwas klarer geworden sind.

II.

Es war den Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages vorbehalten, ein kräftiges Zeugnis dafür zu liefern, wie sehr un-

[9] Verw.-Arch. IV S. 301 ff.

seren Rechtsgelehrten gegenüber der Frage der Rechtskraft in der Verwaltung noch alles fehlt, was man einen Standpunkt nennt.

Wenn irgend etwas für uns feststehen muss, so ist es der Zusammenhang der besonderen Eigenschaften des obrigkeitlichen Ausspruches mit dem Verfahren, aus dem er hervorgeht. Dass er erzeugt wird unter einer eigentümlichen Mitwirkung der Beteiligten, für die er erlassen wird, das gibt ihm jene Stärke und Festigkeit, welche die Rechtskraft bedeuten soll. Wie das zu erklären ist, das ist dann weiter die Frage; aber von dem Verfahren mit Parteien muss immer ausgegangen werden; res judicata jus facit inter partes[10].

Nun hatte man gleichwohl den Versuch gemacht, auch an dieser Selbstverständlichkeit zu rütteln. Es traf sich nämlich, dass, während unsere junge Verwaltungsrechtswissenschaft noch in vollem Streben und Ringen stand nach Klärung ihrer Begriffe, ein selbständig denkender Kopf sich an das Problem der Rechtskraft in der Verwaltung machte, um auf seine Art die Lösung zu finden; Bernatzik hatte sein Buch: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886 erscheinen lassen. Von dem Vorrecht selbständig denkender Köpfe, gründlich daneben zu gehen, macht er darin starken Gebrauch. Die Rechtskraft ist ihm nämlich ganz von selbst verbunden mit dem Rechtsprechungsakt, mit der Entscheidung d. h. dem obrigkeitlichen Ausspruch, durch welchen (im Gegensatz zur sogenannten Verfügung) im Einzelfalle nur erklärt werden soll, was „gemäss einer gegebenen abstrakten Rechtsnorm“ Rechtens ist. Ein „abstrakt geregeltes Verfahren“ sollte freilich ordnungshalber vorausgehen. Aber nicht dieses erzeugt die besondere bindende Wirkung des Aktes, sondern lediglich sein eigentümlicher Inhalt, der logische Schluss, „in welchem die Urteilskraft zum Ausdruck kommt“; denn Logik gibt es nur eine. Der Rechtsprechungsakt wird

[10] Statt aller Fuisting in Verw.-Arch. IV S. 311: „Die Wirkungen der res judicata sind die notwendige Folge eines prozessualischen Verfahrens.“

gemacht, „damit das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis fortan unanfechtbar bleibe", also ist die Forderung der materiellen Rechtskraft für jeden Akt der Rechtsprechung „nichts anderes als das hier zur Anwendung gebrachte Gesetz der Kausalität". Die materielle Rechtskraft der Entscheidung stellt sich auf solche Weise dar als ein Ausläufer des „zentralen Rechtsinstitutes des Satzes vom zureichenden Grunde" [11].

Freilich dieses ganze hochgemute Naturrecht, — etwas anderes ist es nicht, dessen wird sich BERNATZIK dazwischen selbst bewusst — es hatte etwas sehr Jugendliches, und ein bedeutsames Rechtsinstitut des praktischen Lebens durch ein behauptetes Recht der Logik und der Kausalität meistern zu wollen, war viel verlangt [12]. Aber das Buch war mit einer gewissen Wucht geschrieben. Es schien vielversprechend für die Zukunft und liess Grösseres erwarten, wenn der ungeberdige Most einmal vergärt haben würde. Und BERNATZIKs Lehre hat immerhin einen Standpunkt gegeben, wenn auch einen verkehrten. Das hat genügt, dass sie wenigstens im gewissen Masse Schule machte. Unter den österreichischen Juristen zumal scheint sie zahlreiche Anhänger zu besitzen [13]. Noch neuerdings hat ULBRICH, der bei

[11] Rechtskraft S. 8, S. 36 ff., S. 65 ff., S. 114.

[12] Das Bestreben ist ja an sich ganz löblich. In Oesterreich hat die Gesetzgebung sich nur mit der Ordnung der Verwaltungsrechtspflege an der obersten Spitze beschäftigt. Nun möchte man darunter auch noch die Wohltat dieser Einrichtung haben. Es fragt sich nur, ob ein geistreicher Schriftsteller dem Gesetzgeber diese Arbeit abnehmen kann. Uebrigens scheint mir, dass in Oesterreich allerdings auch unter dem Reichsgericht und dem Verwaltungsgerichtshofe noch Verwaltungsrechtspflege besteht. Nicht in der von BERNATZIK behaupteten Form, aber in Gestalt einer rechtspflegemässigen Behandlung der Sachen, welche man bei uns früher als administrativkontentiöse bezeichnete. Das sind althergebrachte Rechtseinrichtungen, gerade wie sie auch bei uns vor den neueren Reformgesetzgebungen bestanden. Vgl. ULBRICH, Oesterr. Staatsrecht § 168. In diesem Sinne auch die von BERNATZIK selbst a. a. O. S. 119 angeführte und beklagte Rechtsprechung des Oesterreichischen Verwaltungsgerichtshofes.

[13] Vgl. TEZNER, die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege

früheren Veröffentlichungen der gemeinen Auffassung gefolgt war, in seinem Oesterreichischen Verwaltungsrecht der Hauptsache nach sich ihr angeschlossen [14].

Der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages konnten diese Ansätze zu einem Sonderbund nicht entgehen. Sie hielt es offenbar für wichtig, dass hier Ordnung geschafft werde, und sah in den Gutachten, Berichten und Verhandlungen des Deutschen Juristentages geeignete Mittel dazu. Genug, auf die Tagesordnung des im September 1902 zu Berlin abgehaltenen 26. Deutschen Juristentages wurde als achter Punkt gesetzt: „Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden". Zum Gutachter hat man einerseits, sehr zweckentsprechend, BERNATZIK selbst gewonnen. Andererseits hat man ihm als Mit- und Gegengutachter SCHULTZENSTEIN gegenübergestellt, mit der dankbaren Aufgabe, ihm den Garaus zu machen. Die beiden Gutachten finden sich in den Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, und zwar das von SCHULTZENSTEIN in Bd. I. S. 86—124, das von BERNATZIK in Bd. II. S. 32—53. Sie zeigen ein sehr verschiedenes Gesicht; die ganze Ungleichheit der taktischen Lage prägt sich an ihnen aus.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass SCHULTZENSTEINs Gutachten die Frage willkürlich verschiebt. Es behandelt nicht die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, sondern verficht statt dessen die These: „Die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile ist grundsätzlich anzuerkennen". Damit bekommen die Ausführungen ihre Spitze nicht gegen BERNATZIK, sondern gegen den zum Berichterstatter in der mündlichen Verhandlung bestimmten ZORN, der seiner Zeit die Rechtskraft in der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit für

S. 126 ff.: „VI Verwaltungsrechtspflege eine der Verwaltung immanente Rechtsprechungsfunktion oder Entscheidung durch die Verwaltung".

[14] Oesterreichisches Verwaltungsrecht S. 298.

einen „unmöglichen Gedanken" erklärt hatte [15]. Allein durch die Art, wie der Gutachter die Forderung der Rechtskraft für die Urteile der Verwaltungsgerichte begründet, trifft er zugleich in der schlagendsten Weise BERNATZIKs Bestrebungen. Die Rechtskraft ist nichts Selbstverständliches, sie gebührt den Urteilen der Verwaltungsgerichte wegen ihrer Verwandtschaft mit den „einen Zivilprozess oder Strafprozess beendenden" (S. 91, S. 94) und die „nächste Voraussetzung" ist demgemäss „ein festes Verfahren", ein Verfahren „in festgeregelten Formen", wobei „Streitigkeiten nach Anhörung der Beteiligten durch richterliche Urteile entschieden werden", und den Beteiligten „eine mehr oder weniger der den Parteien im Zivilprozesse gleiche Stellung zu geben ist" [16]. In breiter gediegener Erörterung setzt der Verfasser das alles auseinander und gibt dabei im allgemeinen ein zutreffendes Bild des äusserlichen Standes der Sache — wegen Einzelheiten und wegen der dahinterstehenden Grundbegriffe dürfen wir wohl einige Vorbehalte machen. Jedenfalls, indem solcher Gestalt die Rechtskraft an gewisse formelle Voraussetzungen streng und unerlässlich gebunden wird, ist von selbst auch allen phantastischen Ausdehnungsversuchen der Spielraum genommen. Das ist das gute und anerkennenswerte Ergebnis.

Das Gutachten BERNATZIKs geht geradewegs auf die Frage ein; der Verfasser glaubt es sich schuldig zu sein, dass er die alte Farbe bekenne. Es muss sich notwendig „mit der Rechtsprechung die Rechtskraft verbinden"; denn diese ist „ein logischer Schluss". „Es ist widersinnig, dort wo die reine Logik Anwendung finden kann, einen Schluss mit dem Vorbehalte zu ziehen, ihn später abzuändern" [17] — nichts gelernt und nichts vergessen! könnte man meinen. Ganz wohl ist dem Verfasser

[15] Verw.-Arch. II S. 122 ff.
[16] Verh. des 26. Deutsch. Jur.-Tags I S. 89, S. 92.
[17] Verh. II S. 38.

offenbar nicht dabei; die merkwürdige Gereiztheit, mit der er schreibt, ist des Zeugnis [18]. In der Sache hat sein Verfahren etwas Gewaltsames. Er sucht vor allem seine Gegner zu spalten und verschiedenen deutschen Schriftstellern eine ähnliche Sonderstellung zuzuschieben, wie er sie einnimmt. „Die verbreitetste Ansicht unter den deutschen Autoren" verknüpft allerdings die Rechtskraft mit dem Verwaltungsgericht (S. 35). Dieser steht aber gegenüber (S. 36) eine zweite Gruppe, deren Hauptvertreter OTTO MAYER sein soll; sie schreibt, meint BERNATZIK, die Rechtskraft nicht nur den Urteilen der Verwaltungsgerichte, sondern auch den Akten von Verwaltungsbehörden zu; es kommt nur darauf an, dass sie ihren Ausspruch zu tun haben unter Mitwirkung der Beteiligten als Parteien im Sinne des Zivil- und Strafprozesses. Daran knüpft er allerdings sofort die entrüstete Frage: wie ich da selbst noch behaupten könne, dass die Rechtskraft auf die Urteile von Verwaltungsgerichten beschränkt sei? und andererseits: wie ich für Frankreich die Rechtskraft annehmen könne, „da es ja doch dort keine Verwaltungsgerichte gibt"? Armer Conseil d'Etat, du Schöpfer des französischen Verwaltungsrechts und Vorbild aller Verwaltungsrechtspflege und ihr anderen tribunaux administratifs! Aber was ist denn ein Verwaltungsgericht? Nach meiner Begriffsbestimmung, die BERNATZIK natürlich kennt und die für ihn massgebend sein muss, wenn er mir Widersprüche vorwerfen will: eine Behörde in der Verwaltung, die berufen ist, obrigkeitliche Aussprüche zu erlassen unter

[18] Ich habe persönlich darunter ganz besonders zu leiden, denn während ich für SCHULTZENSTEINS Gutachten scheinbar nicht existiere, behandelt mich sein Widersacher BERNATZIK als den vor allem zu Bekämpfenden. Da heisst es denn unter anderem: „Andeutungen, aus denen schwerlich jemand anderer als der gewandte OTTO MAYER jenen Satz herauslesen könnte" (S. 35) — „dann wird man sich doppelt wundern dürfen, dass er" (S. 35) — „fragen wir uns vergeblich, mit welchem Rechte OTTO MAYER" (S. 37) — „in der Tat unbegreiflich, wie ein Autor vom Range OTTO MAYERS" (S. 37) — „des sonderbaren Irrweges OTTO MAYERS" (S. 37). Das ist auf zwei Seiten etwas viel.

Mitwirkung der Beteiligten als Parteien [19]. Seine Fragen setzen mich also gar nicht in Verlegenheit, denn Verwaltungsgericht und Parteiverfahren treffen ja für mich zusammen, und er konnte mich ganz ruhig bei der ersten Gruppe, bei der „verbreitetsten Ansicht", belassen, unter welcher er mich ja auch schon aufgeführt hatte [20].

Bleibt also in der Tat in einer grundsätzlichen Sonderstellung nur die dritte Gruppe (S. 38), welche „das die Rechtskraft erzeugende Moment in inneren Merkmalen des Verwaltungsaktes sucht", in dem Begriff der Rechtsprechung, des logischen Schlusses, der als solcher unabänderlich ist u. s. w. Vertreter dieser Gruppe ist BERNATZIK, in: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Aber er steht nicht allein (S. 39): „Zu ganz ähnlichen Resultaten gelangte MAX SEYDEL in seinem zu gleicher Zeit verfassten bayrischen Staatsrecht. Nach dieser Ansicht knüpft sich also die Rechtskraft an den Akt der Rechtsprechung (oder wie MAX SEYDEL sagt: an die Verwaltungsrechtspflege) und

---

[19] Theorie des franz. R.-V. S. 112: „Verwaltungsgerichte sind solche Verwaltungsbehörden, welche beauftragt sind, in der Form der Rechtspflege zu handeln". Vgl. auch Deutsch. V.-R. I S. 171 u. Note 19, S. 172 Note 22. Es gibt natürlich auch Verwaltungsbehörden, die eigens dazu bestellt sind. Verwaltungsrechtspflege zu üben, die also n u r Verwaltungsgerichte sind, D. V.-R. S. 178 habe ich bemerkt, dass das Gesetz die Eigenschaft einer Verwaltungsstreitsache begründen könne durch Verweisung an ein Verwaltungsgericht in diesem Sinne — natürlich, die Verweisung an eine Behörde, die zugleich Verwaltungsgericht und einfache Verwaltungsbehörde ist, würde ja in dieser Hinsicht nichts besagen. — BERNATZIK versteht unter einem Verwaltungsgericht wahrscheinlich nur die „Kontrollinstanzen", von welchen er Rechtskraft S. 50 und 51 redet. Das wären allerdings r e i n e Verwaltungsgerichte in dem eben erwähnten Sinne. Aber mich geht das doch nichts an!

[20] In ähnlicher Weise hat BERNATZIK Rechtskraft S. 21 sich des verdienstvollen F. F. MAYER bemächtigt, der etwas wie seine „Rechtsprechung" in besonders präziser Form entwickelt haben soll. Gerade F. F. MAYER hat in dem zitierten Werke die die Rechtskraft erzeugende Prozessform sehr deutlich von dem rechtsanwendenden Inhalt geschieden; vgl. Grundsätze des Verwaltungsrechts S. 34 Note.

Rechtsprechung ist: Feststellung konkreter Rechtsverhältnisse". Und noch einmal wird diese Zusammengehörigkeit betont S. 93: „Zur letzteren Gruppe (welche auch für die verwaltungsbehördliche Entscheidung die Rechtskraft in Anspruch nimmt) gehören MAX SEYDEL und der Referent". Ja SEYDEL, das wäre allerdings eine gute Gesellschaft! Aber ist es auch wahr? Ist die kleine Aenderung: „Verwaltungsrechtspflege" statt „Akt der Rechtsprechung", wirklich so harmlos? Mir scheint, dass der Verfasser hier SEYDEL Gewalt antut. SEYDEL will das positive bayrische Recht darstellen. Er beginnt (Bayr. St.-R. I S. 575) mit der Aufstellung eines allgemeinen Prinzips, ganz wie G. MEYER, den er ausdrücklich anführt: die Verwaltungsrechtspflege ist eigentlich einfach Anwendung der objektiven Rechtssatzung auf den Einzelfall durch Richterspruch. Da würde dann auch die Rechtskraft sich daran anschliessen. Aber SEYDEL ist nüchtern genug zu sehen, dass das positive Recht „den einfachen Begriff der öffentlichen Rechtssache bei Festsetzung der Verwaltungsrechtspflege zugrunde zu legen" nicht geneigt war (S. 573 Note 21, S. 584). G. MEYER befolgt ja den nämlichen Gedankengang. Massgebend ist denn für alles, was zur Verwaltungsrechtspflege gehört, insbesondere auch für die Rechtskraft die positive Zuweisung einer Sache durch das Gesetz — selbstverständlich! Da muss man SEYDEL nicht kennen! Wenn BERNATZIK ihn für seine weltfremden allgemeinen Logik- und Kausalitätsideen in Anspruch nehmen will, so ist er ganz an den Unrechten geraten; der Versuch wäre besser unterblieben [21].

---

[21] Der angebliche Bundesgenosse drückt sich denn auch vorsichtig genug aus: „Vgl. hierher im allgemeinen BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886" heisst es einfach 2. Aufl. I S. 629 Note 11. Und da TEZNER ganz im Sinne BERNATZIKs ihm die sogenannten Verwaltungsprovisorien als zur Verwaltungsrechtspflege begrifflich gehörige Entscheidungen aufnötigen will, bemerkt er ruhig I S. 594 Note 56: „TEZNER übersieht, dass es sich dabei lediglich darum handelt, was geltendes bayr. Recht ist".

In der gleichen nötigenden Weise werde auch ich noch einmal herangezogen. S. 42 heisst es: „Referent hat seiner Zeit diese Gebundenheit der Verwaltungsbehörden an ihre Entscheidungen als einen Bestandteil der Rechtskraft bezeichnet. . . . . OTTO MAYER hat zwar die gleiche Ansicht in der Sache, perhorresziert aber für diese Bindung das Wort Rechtskraft." Das sei von meinem Standpunkt aus begreiflich, meint er, weil „die Bindung öffentlicher Interessen", welche die Rechtskraft bedeute, nicht „die Tat der Parteien" sein könne, für welche ich sie ausgäbe — nebenbei bemerkt, ein ganz unbegründeter Einwand: wenn Recht und Gesetz dem Parteiwillen eine solche Macht einräumen, so ist nicht einzusehen, warum nicht hier wie gegenüber andern öffentlichen Rechten eine Gebundenheit der Behörde sich daran knüpfen soll. Doch der Verfasser fährt fort (S. 43): „Uebrigens ist das doch mehr eine terminologische Frage. Ueber Worte streiten wir nicht. Möge OTTO MAYER für diese Gebundenheit der Behörde einen gleich charakteristischen und sich gleicher allgemeiner Verständlichkeit erfreuenden Ausdruck, wie Rechtskraft, erfinden und ich werde ihm folgen. Aber dann möge er seine Entdeckung nicht verschweigen." Die Aufforderung ist ungewöhnlich. Aber wie kommt BERNATZIK dazu, mich von vornherein als Ansichtsgenossen in Anspruch zu nehmen? Ich kenne verschiedene Gründe, um deren willen eine Behörde an ihren Verwaltungsakt gebunden sein kann, sodass sie nicht mehr befugt ist ihn zurückzunehmen: wenn subjektive öffentliche Rechte dadurch neu begründet worden sind (was ja gerade bei Verfügungen manchmal zutrifft), wenn das Gesetz ausserdem die Zurücknahme verboten oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht hat, vor allem auch, wenn sie ihn als Verwaltungsgericht in der Form der Verwaltungsrechtspflege erlassen hat. Der Entscheidung als solcher habe ich die Kraft nie zugeschrieben, dass die Behörde, die sie getroffen hat, daran gebunden wäre und sie nicht mehr ändern könnte. Das ist ja ge-

rade BERNATZIKs Idee, die ich stets bekämpfte [22], und die mich jedenfalls gar nichts angeht. Es kann aber sicherlich nicht meine Aufgabe sein, für alle Einfälle eines sinnreichen Autors auf Verlangen einen entsprechenden terminus technicus zu liefern, wie man mir das hier als Ehrenpflicht auferlegen will.

Schliesslich läuft das ganze Gutachten noch aus in einen Gesetzesvorschlag, der zwar an sich nicht wohl brauchbar sein wird, aber doch einer gewissen symptomatischen Bedeutung nicht entbehrt. Es ist nämlich Tatsache, dass die Anhänger der rechtskrafterzeugenden Natur der Entscheidung selbst begonnen haben, an ihrer Sache irre zu werden. Natürlich haben sie sich allzusehr gebunden an ihre Doktrin, als dass sie die Idee selber aufgäben. Sie äussern nur gewisse Skrupel an ihrer praktischen Durchführbarkeit und zwar ist es die Sorge um die öffentlichen Interessen, die man vorschiebt: durch allzuviel Rechtskraft, meint man, wie sie nach der eignen Doktrin entstehen müsste, würden diese übermässig und ohne vernünftige Auswahl gebunden, es würde ihnen „präjudiziert“. Daher wird eine genauere Abgrenzung gefordert, wonach die Rechtskraft auf gewisse Entscheidungen beschränkt wird. TEZNER hatte zu diesem Zwecke in seiner Schrift: „Die deutschen Theorien d. V.-R.-Pfl.“ die Forderung erhoben, das Gesetz müsse die Fälle der rechtskraftfähigen d. h. die Verwaltung bindenden Entscheidung ausdrücklich bezeichnen, und zu diesem Zwecke eine „förmliche Skala“ der bindbaren öffentlichen Interessen aufstellen [23]. Es war leicht zu antworten: das hat das Gesetz ja schon getan, indem es die Fälle bestimmte, die zur Verwaltungsrechtspflege gehören. BERNATZIK ist denn auch sachlich mit meinem Widerspruch gegen diesen Gedanken TEZNERs einverstanden, findet es aber tadelnswert, dass ich diesen Gedanken nicht ernsthaft genug behandelt hätte — wohl in gerechter Besorgnis für das, was er jetzt selbst

[22] Arch. f. öff. R. I S. 721 — von späterem zu schweigen.
[23] Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. S. 200.

an die Stelle setzen will. Seines Erachtens nämlich kommt es darauf an (S. 47), „der in der Praxis herrschenden desolaten Unsicherheit ein Ende zu bereiten", damit man wisse, was ein rechtskraftfähiger Akt sei, was nicht (N.B.: diese Unsicherheit besteht natürlich nur bei Befolgung von BERNATZIKs Lehre). Das Heilmittel liegt darin, dass das Gesetz anordnet, die Absicht der Behörde eine rechtskraftfähige Entscheidung zu geben, müsse in einem „Formalakt" zum Ausdruck kommen. Nur wo sie sagt: dieses ist eine Entscheidung, soll künftig Rechtskraftwirkung eintreten. Dazu wird dann als weiteres „Formerfordernis" die Beifügung von Entscheidungsgründen verlangt (S. 48). Die Parteien können Antrag stellen auf eine derartige Entscheidung; jedenfalls darf die Behörde sie nicht etwa mit einer solchen Entscheidung „überrumpeln", sondern muss vorher ihre Absicht den Parteien kund geben — also Parteiverhandlung. — Kein Zweifel, der auf solche Weise entstehende, nach gesetzlicher Bestimmung rechtskraftfähige Ausspruch wäre ein Urteil in unserem Sinn, das ganze Verfahren wäre richtige Verwaltungsrechtspflege im Sinne der „verbreitetsten Meinung", nur dass diese die Sache etwas einfacher und klarer zum Ausdruck bringt. Kein Zweifel, dass das Gesetz mit voller Wirkung das Gebiet der Verwaltungsrechtspflege und des rechtskraftfähigen Aktes auch auf solche Weise abgrenzen könnte. Aber — der Gesetzgeber müsste doch wahrlich toll geworden sein, der sich dazu herbeiliesse! Man muss nur berücksichtigen, was bekanntermassen im Sinne BERNATZIKs alles Entscheidung ist: jeder obrigkeitliche Ausspruch, der den Einzelfall gemäss der Rechtsordnung bestimmt; aber zu dieser rechnet er auch den von ihm mit so viel Eifer vertretenen Rechtssatz, unter dem jeder Beamte steht: Tue was du glaubst, dass es das öffentliche Interesse erfordert. Dadurch wird natürlich zuletzt alles Entscheidung und aus dieser uferlosen Masse wählen gemäss dem künftigen Gesetz die verwaltenden Behörden nach Belieben — oder nach dem Rechtssatz: Tue

rade BERNATZIKS Idee, die ich stets bekämpfte [22], und die mich jedenfalls gar nichts angeht. Es kann aber sicherlich nicht meine Aufgabe sein, für alle Einfälle eines sinnreichen Autors auf Verlangen einen entsprechenden terminus technicus zu liefern, wie man mir das hier als Ehrenpflicht auferlegen will.

Schliesslich läuft das ganze Gutachten noch aus in einen Gesetzesvorschlag, der zwar an sich nicht wohl brauchbar sein wird, aber doch einer gewissen symptomatischen Bedeutung nicht entbehrt. Es ist nämlich Tatsache, dass die Anhänger der rechtskrafterzeugenden Natur der Entscheidung selbst begonnen haben, an ihrer Sache irre zu werden. Natürlich haben sie sich allzusehr gebunden an ihre Doktrin, als dass sie die Idee selber aufgäben. Sie äussern nur gewisse Skrupel an ihrer praktischen Durchführbarkeit und zwar ist es die Sorge um die öffentlichen Interessen, die man vorschiebt: durch allzuviel Rechtskraft, meint man, wie sie nach der eignen Doktrin entstehen müsste, würden diese übermässig und ohne vernünftige Auswahl gebunden, es würde ihnen „präjudiziert". Daher wird eine genauere Abgrenzung gefordert, wonach die Rechtskraft auf gewisse Entscheidungen beschränkt wird. TEZNER hatte zu diesem Zwecke in seiner Schrift: „Die deutschen Theorien d. V.-R.-Pfl." die Forderung erhoben, das Gesetz müsse die Fälle der rechtskraftfähigen d. h. die Verwaltung bindenden Entscheidung ausdrücklich bezeichnen, und zu diesem Zwecke eine „förmliche Skala" der bindbaren öffentlichen Interessen aufstellen [23]. Es war leicht zu antworten: das hat das Gesetz ja schon getan, indem es die Fälle bestimmte, die zur Verwaltungsrechtspflege gehören. BERNATZIK ist denn auch sachlich mit meinem Widerspruch gegen diesen Gedanken TEZNERS einverstanden, findet es aber tadelnswert, dass ich diesen Gedanken nicht ernsthaft genug behandelt hätte — wohl in gerechter Besorgnis für das, was er jetzt selbst

[22] Arch. f. öff. R. I S. 721 — von späterem zu schweigen.
[23] Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. S. 200.

an die Stelle setzen will. Seines Erachtens nämlich kommt es darauf an (S. 47), „der in der Praxis herrschenden desolaten Unsicherheit ein Ende zu bereiten“, damit man wisse, was ein rechtskraftfähiger Akt sei, was nicht (N.B.: diese Unsicherheit besteht natürlich nur bei Befolgung von BERNATZIKs Lehre). Das Heilmittel liegt darin, dass das Gesetz anordnet, die Absicht der Behörde eine rechtskraftfähige Entscheidung zu geben, müsse in einem „Formalakt“ zum Ausdruck kommen. Nur wo sie sagt: dieses ist eine Entscheidung, soll künftig Rechtskraftwirkung eintreten. Dazu wird dann als weiteres „Formerfordernis“ die Beifügung von Entscheidungsgründen verlangt (S. 48). Die Parteien können Antrag stellen auf eine derartige Entscheidung; jedenfalls darf die Behörde sie nicht etwa mit einer solchen Entscheidung „überrumpeln“, sondern muss vorher ihre Absicht den Parteien kund geben — also Parteiverhandlung. — Kein Zweifel, der auf solche Weise entstehende, nach gesetzlicher Bestimmung rechtskraftfähige Ausspruch wäre ein Urteil in unserem Sinn, das ganze Verfahren wäre richtige Verwaltungsrechtspflege im Sinne der „verbreitetsten Meinung“, nur dass diese die Sache etwas einfacher und klarer zum Ausdruck bringt. Kein Zweifel, dass das Gesetz mit voller Wirkung das Gebiet der Verwaltungsrechtspflege und des rechtskraftfähigen Aktes auch auf solche Weise abgrenzen k ö n n t e. Aber — der Gesetzgeber müsste doch wahrlich toll geworden sein, der sich dazu herbeiliesse! Man muss nur berücksichtigen, was bekanntermassen im Sinne BERNATZIKs alles Entscheidung ist: jeder obrigkeitliche Ausspruch, der den Einzelfall gemäss der Rechtsordnung bestimmt; aber zu dieser rechnet er auch den von ihm mit so viel Eifer vertretenen Rechtssatz, unter dem jeder Beamte steht: Tue was du glaubst, dass es das öffentliche Interesse erfordert. Dadurch wird natürlich zuletzt alles Entscheidung und aus dieser uferlosen Masse wählen gemäss dem künftigen Gesetz die verwaltenden Behörden nach Belieben — oder nach dem Rechtssatz: Tue

was du glaubst u. s. w., es kommt auf das Gleiche heraus — die Einzelfälle, in welchen Rechtspflege und Rechtskraft Platz greifen soll und in welchen nicht. Ich hatte TEZNER gegenüber das Wort gebraucht von einer „planlos auf allen Verwaltungsgebieten herumspukenden Rechtskraft". BERNATZIK hat sich (S. 43) mit ungewohnter Parteinahme auch darüber aufgehalten. TEZNER fühlte aber doch verständigerweise das Bedürfnis, hier Ordnung und Bestimmtheit durch das Gesetz schaffen zu lassen; BERNATZIK will an diesem empfindlichen Punkt die Unordnung und die Willkür gesetzlich garantieren. Das alles, um den Schein aufrecht erhalten zu können, dass er immer noch eine Rechtskraft lehrt, die durch „innere Merkmale des Verwaltungsaktes" erzeugt wird. Mehr als ein Schein ist das nicht; denn mit dem „Formalakt", der „formellen Entscheidung", womit das Gesetz die Rechtskraft formell verbinden soll, ist die alte Gläubigkeit dahin. BERNATZIKs Gesetzesvorschlag ist eine Bankerotterklärung seines alten Dogmas; ihm jedenfalls steht es nicht an, zu sagen (S. 46), man müsse über die Auslassungen TEZNERs lächeln, wenn dieser aus Sorge für die öffentlichen Interessen zu einer ähnlichen, nur nicht gar so vollständigen Bankerotterklärung gelangt ist. —

Mala avi trat BERNATZIKs Sonderlehre in die Verhandlungen des 26. Juristentages ein.

Aber diese nahmen einen unerwarteten Verlauf. Die von SCHULTZENSTEINs Gutachten angedeutete Ablenkung auf ZORN kam sofort ausser Betracht, da dieser Berichterstatter am Erscheinen verhindert war; es fand eine Art Kontumazialverfahren gegen seine Behauptungen statt. Dafür trat der andere Berichterstatter, SEIDLER, mit grosser Frische für die Lehre seines österreichischen Landsmanns ein. Die Rechtskraft der Entscheidung erklärte er für notwendig, weil der Richter, „indem er Recht spricht, eine gebundene Tätigkeit vorzunehmen hat"; daher muss Entscheidung Entscheidung bleiben. BERNATZIKs Grund:

„die Logik ist nur eine" unterstützt er durch einen physikalischen Grund, durch den „Hinweis auf das physikalische Gesetz der Undurchdringlichkeit der Körper im Raume" (S. 386 der Verhandlungen). Von diesen beiden Gründen ist gewiss der eine so gut wie der andere.

SEIDLERS Auftreten rief aber auch den Gutachter SCHULTZENSTEIN wieder auf den Plan, um den entgegengesetzten Standpunkt mit aller Kraft und Deutlichkeit zu betonen: „Es ist nicht möglich", ruft er, „dass die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden der materiellen Rechtskraft für fähig erklärt werden. Meine Herrn, für mich gibt es eine Rechtskraft nur, wo eine Entscheidung stattfindet zwischen streitenden Teilen in einem festgeordneten Verfahren" [24]. Auch sonst zeigte sich eine starke Abneigung gegen BERNATZIKS Standpunkt. Sogar ein Wiener Jurist äusserte (S. 409): „Man kann nicht ein Gutachten billigen, welches an einer der bedenklichsten Stellen sagt, es komme gar nicht auf ein vorausgegangenes Verfahren an". Aber dazwischen kommen doch auch wieder bedenkliche Unklarheiten über die Bedeutung des Inhaltes des Urteils zu Tage, wie solche z. B. (S. 413) von PREUSS in dankenswerter Weise berichtigt wurden. Vor allem aber wurden nun Töne des Gemütes angeschlagen. Um der Eintracht willen verlangte man, „dass wir zu einer Resolution gelangen die auf alle Verhältnisse passt" und ein warmherziges Drängen machte sich geltend dahin, dass eine Formulierung gefunden werde, „die gleichzeitig die deutschen, resp. die preussischen und die reichsländischen resp. österreichischen Wünsche befriedige" (S. 425). Da wurde auch SCHULTZEN-

[24] Verhandlungen III S. 393. Der richtige Gedanke ist hier etwas scharf zugespitzt: streitende Parteien in der Mehrzahl sind nach dem Gutachten SCHULTZENSTEINS (I S. 100) nicht unbedingt gefordert; er lässt es dahin gestellt, ob auch eine Partei genüge. Das „feste" Verfahren ist nur ein etwas schiefer Ausdruck für das Verfahren mit rechtlich bindender Mitwirkung der Partei. Es ist dasselbe gemeint, was FUISTING einfach „prozessualisches Verfahren" nennt; vgl. oben Note 10.

STEIN nachgiebig gestimmt. Er hob noch einmal kräftig hervor: „Der Name, mit dem die Entscheidung bezeichnet wird, tut es ja nicht, und dass die Behörde den Namen ‚Verwaltungsgericht‘ führt, tut es auch nicht. Worauf es vielmehr ankommt, ist das, ob die entscheidende Behörde bei ihrer Entscheidung die Stellung eines Verwaltungsgerichts oder einer Verwaltungsbehörde und ob die Entscheidung deshalb die Eigenschaft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils oder der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde hat“. Schliesslich aber, „um alle Bedenken zu beseitigen“, stellte er anheim, seinem Antrag eine kleine Einschaltung zu geben zu gunsten der rechtskraftfähigen Entscheidung. Dieser lautete nunmehr: „Die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile und der ihnen gleichstehenden Entscheidungen ist grundsätzlich anzuerkennen und zwar auch in der Weise, dass die Urteile (Entscheidungen) den Staat binden“. Die gesperrten Worte sind die neuen Zusätze.

Vor der Abstimmung stellte SEIDLER zu aller Sicherheit noch die Frage: „ob in dem Zusatz: ‚und andere Entscheidungen‘ auch die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden mit inbegriffen seien“. Auf den Zuruf: „sie können darunter sein“, verneigt er sich: „Ich danke vielmals“ (S. 428); und in dem Schlussworte, das ihm nunmehr als Berichterstatter zusteht, muss er „vor Allem der Freude Ausdruck geben, dass unsere Versammlung so einmütig dem Gedanken Ausdruck gegeben hat, dass die Rechtskraft auch für die Verwaltungsrechtsprechung eine unabwendbare Notwendigkeit sei“. Er konnte zufrieden sein, denn er hatte, was er wollte.

Der ergänzte Antrag SCHULTZENSTEIN wurde sodann „mit grosser Mehrheit angenommen“. So ging diese denkwürdige Verhandlung des deutschen Juristentages aus wie — ein vielberühmtes Schiessen. Ueberaus feine und ernste Fragen juristischer Begriffsbildung wurden durch das liebenswürdigste parlamenta-

rische Entgegenkommen totgeschlagen. Nach so manchem, was bei den Verhandlungen zu Tage trat, war es vielleicht auch am klügsten so. Aber von Wissenschaftlichkeit ist bei diesem Verfahren natürlich keine Rede mehr.

III.

Die Aufgabe wird immer sein, den Begriff der Rechtskraft auf seinen wesentlichen Kern zurückzuführen, oder wie man sagt: ihn zu konstruieren. Dieses Wort hat ja keinen guten Klang. Denn einerseits ist schon gar manches Luftgebäude damit aufgeführt worden, das keinen Boden in der Wirklichkeit hatte. Andererseits gibt es immer Leute, die selbst nicht konstruieren können, weil ihnen die Gabe fehlt, klar bestimmte Gedankenbilder herauszuschälen und festzuhalten, und die dann nur allzugern die ganze Beschäftigung für verwerflich erklären. Gleichwohl werden wir nicht darauf verzichten können, so lange wir überhaupt Rechtswissenschaft treiben. —

Die Rechtskraft nehmen wir wahr an unserem gerichtlichen Urteil als eine diesem zukommende Eigenschaft. Und zwar ist sie eine ihm ausschliesslich zukommende Eigenschaft d. h. sie findet sich zwar nicht notwendig bei jedem Urteil, findet sich aber jedenfalls bei keiner anderen Art von Rechtsakt als bei dieser. Insofern ist sie eine das Urteil auszeichnende Eigenschaft.

Um uns die verschiedenen Eigenschaften des Urteils zu vergegenwärtigen, werden wir naturgemäss vor allem die Bedeutung ins Auge fassen, welche es hat auf seinem ursprünglichen Boden, im Zivil- und Strafprozess. Nur dürfen wir nicht vergessen, dass es hier erscheint in einem geschlossenen Kreis von Bedingtheiten, welche die eine oder andere Eigenschaft einseitig hervortreten lassen. In die reichere Mannigfaltigkeit von Gestaltungen hineingestellt, welche die Verwaltung bietet, sehen die Dinge ganz anders aus.

Besonders lehrreich ist ja in dieser Beziehung das Schicksal des Gesetzbegriffes. Für die Justiz fällt das Gesetz zusammen mit dem anzuwendenden Rechtssatz, den es zu liefern berufen ist. Folgerichtig, wenn das Gesetz etwas anordnet für einen bestimmten Einzelfall, macht sie daraus den widerspruchsvollen Begriff des Rechtssatzes in concreto; anders passt es nicht in das Schema. Wenn man aber von der Verwaltung her betrachtet, sieht man, dass in Form des Gesetzes auf mancherlei Weise mitgearbeitet wird in staatlichen Geschäften und dass die dieser Form eigentümlichen Kräfte dabei in verschiedener Zusammenstellung zur Geltung kommen können; die Notwendigkeit feinerer Unterscheidungen ergibt sich [25].

So ist die Justiz auch gewohnt, das Urteil mit gewissen Wirkungskräften zur Sacherledigung ausgestattet zu sehen, welche sich innerhalb des Kreises ihrer Ordnungen sonst nirgends finden. Die Versuchung liegt für ihren Standpunkt nur zu nahe, darin ohne weiteres jene das Urteil auszeichnende Eigenschaft zu erkennen, die man Rechtskraft nennt. Betrachtet man aber die Sache wieder vom Boden der Verwaltung aus, so ergibt sich sofort die Notwendigkeit der Einschränkung des Begriffs der Rechtskraft auf einen engeren Kreis und auf eine bestimmtere Art von Wirkung. Denn ein grosser Teil der dem Urteil nachgerühmten Wirkungen findet sich auch ausserhalb seines Bereichs, bei anderen obrigkeitlichen Akten; diese Wirkungen stehen ihm also nicht ausschliesslich zu, können also auch nicht die ihm eigenartige Wirkung, Rechtskraft, ausmachen. —

Man spricht von einer formellen und von einer materiellen Rechtskraft des Urteils. Für erstere ist wohl auch der Ausdruck äussere, für letztere der Ausdruck innere Rechtskraft in Gebrauch [26].

Die formelle oder äussere Rechtskraft bedeutet die Unan-

[25] D. V.-R. I § 7.
[26] Gaupp-Stein, C. P. O. Kom. zu § 322.

fechtbarkeit in diesem Verfahren. Sie setzt also immer voraus den Gedanken an besondere Rechtsbehelfe, die geordnet sein könnten, um eine Neuprüfung zu bewirken. Formelle Rechtskraft will sagen, dass diesem Urteil gegenüber solche Behelfe nicht oder nicht mehr vorhanden sind. Solche formelle Rechtskraft ist nichts dem richterlichen Urteil Eigentümliches. Ihre Voraussetzungen und Bestandteile finden sich ebenso in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in grösster Mannigfaltigkeit bei aller Art von obrigkeitlichen Akten des Verwaltungsrechts [27].

Der Schwerpunkt des Problems liegt in der materiellen oder inneren Rechtskraft; wenn wir von Rechtskraft schlechthin sprechen, so meinen wir diese. Sie setzt die formelle Rechtskraft voraus und knüpft an diese eine weiterreichende Wirkung: das Urteil hat vermöge ihrer „eine Tragweite über den einzelnen Prozess hinaus“ [28], es kommt ihm eine Wirkung zu „in einem zweiten Prozesse derselben oder anderer Parteien, in dem dieselbe Streitfrage von neuem der Entscheidung bedarf“ [29]. Wie und warum ihm diese Wirkung zukommt, das ist natürlich noch genauer zu sagen; denn mit solchen äusserlichen Bezeichnungen ist es nicht getan.

Die zivilprozessrechtliche Auffassung nun will sich die Sache gern so zurechtlegen, dass das Urteil eine Wirkung ausübt auf das materielle Recht der Parteien, das sein Gegenstand geworden ist; dieses wird bejaht, verneint, genauer bestimmt und geht fortan nur noch „mit der Rechtseigenschaft“, welche es durch

[27] In diesem Sinne spricht man ja sogar von der Rechtskraft eines Gemeindebeschlusses, einer Verordnung, ja eines Gesetzes. Beispiele neuerdings wieder bei Kulisch, Oesterreich. Gewerberecht S. 202: Rechtskraft einer Gesetzesbestimmung; S. 203 Note 1: eines Ministerialerlasses; S. 243: eines Dispenses durch die Verwaltungsbehörde; S. 246: der anzurechnenden Dienstzeit eines Gewerbegehilfen. Das hat nicht viel auf sich, wenn man nur nicht aus solchen scheinbar harmlosen Verwendungen des Wortes so gern weitere Folgerungen ziehen möchte für den Begriff.

[28] Schanze in Ztscht. f. Stf.-R. 1884 S. 452, 459.

[29] Gaupp-Stein, C. P. O. Kom. zu § 322.

Besonders lehrreich ist ja in dieser Beziehung das Schicksal des Gesetzbegriffes. Für die Justiz fällt das Gesetz zusammen mit dem anzuwendenden Rechtssatz, den es zu liefern berufen ist. Folgerichtig, wenn das Gesetz etwas anordnet für einen bestimmten Einzelfall, macht sie daraus den widerspruchsvollen Begriff des Rechtssatzes in concreto; anders passt es nicht in das Schema. Wenn man aber von der Verwaltung her betrachtet, sieht man, dass in Form des Gesetzes auf mancherlei Weise mitgearbeitet wird in staatlichen Geschäften und dass die dieser Form eigentümlichen Kräfte dabei in verschiedener Zusammenstellung zur Geltung kommen können; die Notwendigkeit feinerer Unterscheidungen ergibt sich [25].

So ist die Justiz auch gewohnt, das Urteil mit gewissen Wirkungskräften zur Sacherledigung ausgestattet zu sehen, welche sich innerhalb des Kreises ihrer Ordnungen sonst nirgends finden. Die Versuchung liegt für ihren Standpunkt nur zu nahe, darin ohne weiteres jene das Urteil auszeichnende Eigenschaft zu erkennen, die man Rechtskraft nennt. Betrachtet man aber die Sache wieder vom Boden der Verwaltung aus, so ergibt sich sofort die Notwendigkeit der Einschränkung des Begriffs der Rechtskraft auf einen engeren Kreis und auf eine bestimmtere Art von Wirkung. Denn ein grosser Teil der dem Urteil nachgerühmten Wirkungen findet sich auch ausserhalb seines Bereichs, bei anderen obrigkeitlichen Akten; diese Wirkungen stehen ihm also nicht ausschliesslich zu, können also auch nicht die ihm eigenartige Wirkung, Rechtskraft, ausmachen. —

Man spricht von einer formellen und von einer materiellen Rechtskraft des Urteils. Für erstere ist wohl auch der Ausdruck äussere, für letztere der Ausdruck innere Rechtskraft in Gebrauch [26].

Die formelle oder äussere Rechtskraft bedeutet die Unan-

[25] D. V.-R. I § 7.

[26] GAUPP-STEIN, C. P. O. Kom. zu § 322.

fechtbarkeit in diesem Verfahren. Sie setzt also immer voraus den Gedanken an besondere Rechtsbehelfe, die geordnet sein könnten, um eine Neuprüfung zu bewirken. Formelle Rechtskraft will sagen, dass diesem Urteil gegenüber solche Behelfe nicht oder nicht mehr vorhanden sind. Solche formelle Rechtskraft ist nichts dem richterlichen Urteil Eigentümliches. Ihre Voraussetzungen und Bestandteile finden sich ebenso in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in grösster Mannigfaltigkeit bei aller Art von obrigkeitlichen Akten des Verwaltungsrechts [27].

Der Schwerpunkt des Problems liegt in der materiellen oder inneren Rechtskraft; wenn wir von Rechtskraft schlechthin sprechen, so meinen wir diese. Sie setzt die formelle Rechtskraft voraus und knüpft an diese eine weiterreichende Wirkung: das Urteil hat vermöge ihrer „eine Tragweite über den einzelnen Prozess hinaus" [28], es kommt ihm eine Wirkung zu „in einem zweiten Prozesse derselben oder anderer Parteien, in dem dieselbe Streitfrage von neuem der Entscheidung bedarf" [29]. Wie und warum ihm diese Wirkung zukommt, das ist natürlich noch genauer zu sagen; denn mit solchen äusserlichen Bezeichnungen ist es nicht getan.

Die zivilprozessrechtliche Auffassung nun will sich die Sache gern so zurechtlegen, dass das Urteil eine Wirkung ausübt auf das materielle Recht der Parteien, das sein Gegenstand geworden ist; dieses wird bejaht, verneint, genauer bestimmt und geht fortan nur noch „mit der Rechtseigenschaft", welche es durch

[27] In diesem Sinne spricht man ja sogar von der Rechtskraft eines Gemeindebeschlusses, einer Verordnung, ja eines Gesetzes. Beispiele neuerdings wieder bei Kulisch, Oesterreich. Gewerberecht S. 202: Rechtskraft einer Gesetzesbestimmung; S. 203 Note 1: eines Ministerialerlasses; S. 243: eines Dispenses durch die Verwaltungsbehörde; S. 246: der anzurechnenden Dienstzeit eines Gewerbegehilfen. Das hat nicht viel auf sich, wenn man nur nicht aus solchen scheinbar harmlosen Verwendungen des Wortes so gern weitere Folgerungen ziehen möchte für den Begriff.

[28] Schanze in Ztscht. f. Stf.-R. 1884 S. 452, 459.

[29] Gaupp-Stein, C. P. O. Kom. zu § 322.

das rechtskräftige Urteil erhalten hat [30]. Daher auch der Name „materielle Rechtskraft, innere Rechtskraft"; er beruht ganz auf dieser Auffassung: die formelle Rechtskraft ist die prozessuale Wirkung, dass das Verfahren zu Ende ist; die materielle Rechtskraft ist die materiellrechtliche Wirkung, dass sachlich das Verhältnis seine Ordnung gefunden hat.

Die juristische Konstruktion, die damit gemeint ist, kommt zum Ausdruck in der alten Formel: res judicata jus facit. Die materielle Rechtskraft ist „die Eigenschaft des Urteils, Recht zu schaffen" [31]. Sie ist die „autoritative normierende Gesetzesanwendung" [32]. Das Urteil wirkt durch diese seine normierende Kraft für Einzelfälle ähnlich wie das Gesetz allgemeiner wirkt. „Die staatlich rechtsbestimmende Kraft" ist es, was das Urteil „mit dem Gesetze gemein hat" [33]. Das rechtskräftige Urteil wird geradezu als „lex specialis" bezeichnet [34]. Diese Anlehnung an das Gesetz soll insbesondere dazu dienen, die Unabänderlichkeit und Unantastbarkeit der getroffenen Rechtsbestimmung anschaulich zu machen [35].

So scheint die Zivilprozessrechtswissenschaft ein fertiges geschlossenes System zu bieten; wir wollen auch nicht bestreiten, dass sie für sich damit auskommen kann. Aber für die Verwaltungsrechtswissenschaft, die unter freieren und weiteren Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts arbeiten muss, trifft das nicht mehr zu.

---

[30] Bülow in Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 S. 121, Ztscht. f. C. P. Bd. 31 S. 267, 270.

[31] Birkmeyer, Stf.-Proz.-Ord. S. 673.

[32] Wach in Gruchot, Beitr. Bd. 37 S. 480; derselbe, Rechtskraft S. 8; ähnlich Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 75.

[33] Bülow in Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 S. 64; Haenel, deutsch. St.-R. I S. 182: „Sein Ausspruch setzt sich zu dem objektiven Privatrecht in ein Verhältnis, welches dem des authentisch interpretierenden Gesetzes zu dem erläuterten Gesetze analog ist".

[34] Schanze in Ztschft. f. St.-R. 1884 S. 450; Endemann, Prinzip der Rechtskraft S. 127.

[35] Bülow in Arch. f. civ. Pr. Bd. 83 S. 121.

Um das vorweg zu nehmen, so genügt der Vergleich mit dem Gesetz in keiner Weise, um die Unabänderlichkeit des rechtskräftigen Urteils zu erklären. Vom Standpunkt des Zivilprozesses aus mag das jeweils bestehende Gesetz als das Unabänderliche erscheinen und behandelt werden; ist ja doch für den Richter Grundsatz, bei seinen Entscheidungen niemals die Möglichkeit einer Gesetzesänderung vorauszusetzen und zu berücksichtigen. Aber in Wirklichkeit, das wissen wir sehr wohl, ist das Gesetz für den, der es erlassen hat, nicht unabänderlich, und gerade darauf kommt es ja beim rechtskräftigen Urteil an: dass es die Untertanen und die Untergebenen bindet, ist nichts Besonderes, aber dass das Gericht selbst und die ihm gleichwertigen anderen Gerichte keine Gewalt mehr darüber haben, das ist das Besondere [36], und das wird durch diesen Zusammenhalt mit dem Gesetze eher erst recht auffallend, als dass es erklärt würde.

Vor allem aber: diese ganze normierende Kraft und gar die lex specialis — wir kennen sie ja! Das haben wir in unserem Verwaltungsakt, jenem Kern des neuen Verwaltungsrechts, Zivilisten und Prozessualisten vielfach etwas allzu Neues, leider auch manchem Publizisten noch nicht so vertraut, als er sein sollte! Hat man nicht auch ihn lange Zeit unter dem Ehrentitel lex specialis gehen lassen, weil man sich — gut zivilprozessualistisch — die Sache nicht anders erklären konnte? Enteignung, Eisenbahnkonzession, Anstellung im Staatsdienst wurden mit Vorliebe so bezeichnet. Schaffen sie nicht Recht? Haben sie nicht staatlich rechtsbestimmende Kraft? Polizeibefehle, Polizeierlaubnisse, Steuerveranlagungen, Steuererlasse — sind sie nicht autoritativ normierende Gesetzesanwendung? Sie bestimmen nach unserer Ausdrucksweise sämtlich für den Einzelfall,

[36] Dass der Richter an die Entscheidung gebunden ist, das ist die Rechtskraft (Gaupp-Stein, Komment. z. C. P. O. S. 713); dass die Partei daran oder vielmehr dadurch gebunden wird, ist die Kraft des obrigkeitlichen Aktes überhaupt.

was Rechtens sein soll, und tun das mit bindender Kraft, bindend auch für die Behörden und die ausführenden Gehilfenämter, so lange wenigstens, als sie nicht zuständiger Weise und in gehöriger Form wieder zurückgenommen, aufgehoben oder abgeändert werden. Diese ihre Wirkungskraft für sich betrachtet ist allerdings der des Urteils wesensgleich. Es ist also auch gar nichts dagegen zu sagen, wenn unsere Prozessgelehrten die Wirkung ihres Urteils gerade so schildern und kennzeichnen, wie wir die eines Verwaltungsaktes; es trifft zu.

Unrichtig und irregehend wäre es nur, wenn man glauben würde, damit das Wesen der Rechtskraft auch für das Gebiet der Verwaltung genügend wiedergegeben zu haben. Der Unterschied zwischen Urteil und Verwaltungsakt, der, wie wir sahen, nicht in ihrer Wirkung liegt, liegt dafür in einer verschiedenen Sicherung der Dauer dieser Wirkung. Zuständigkeiten zur Zurücknahme, Aufhebung oder Aenderung sind bei beiden vorausgesetzt, damit diese Wirkung aufhöre. Aber beim Urteil sind sie ordentlicher Weise endgültig erschöpft mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft, beim Verwaltungsakt nicht. Das ist alles. Darin allein kann aber demnach die Rechtskraft liegen, die das Urteil auszeichnen soll.

Unrichtig und irregehend wäre es hier auch, wenn man glauben würde, der Ausspruch mit staatlich rechtsbestimmender Kraft, mit normierender Kraft u. s. w. müsse notwendig und von selbst mit einer solchen Unantastbarkeit ausgestattet sein [37]. Das ginge noch über BERNATZIK hinaus, weil es nicht bloss für Entscheidungen, sondern auch für Verfügungen diese selbstver-

---

[37] Diese Anschauung scheint mir mehr oder weniger entschieden durchzuklingen bei WACH, Handbuch S. 75; derselbe, Vorträge S. 235; derselbe bei GRUCHOT Bd. 37 S. 480; BÜLOW, Ztscht. f. C.-Proz. Bd. 31 S. 267, 270; ECCIUS, Preuss. Priv.-R. I S. 278 ff.; KISCH, Beiträge S. 75; PAGENSTECHER, Rechtskraft S. 25, 83; FREUDENSTEIN, Rechtskraft S. 2; KLÖPPEL, Einrede der Rechtskraft S. 5. Im weiteren Verlauf pflegt man allerdings wieder einzuschränken und genauer zu bestimmen.

ständliche „Undurchdringlichkeit im Raume“ beanspruchen würde. Aber alle derartigen Vorstellungen und Erklärungsversuche müssen zerstieben vor der Tatsache des einfachen Verwaltungsaktes, der wohl als Verfügung wie als Entscheidung normiert und rechtsbestimmende Kraft äussert, aber gleichwohl nach der wohlbegründeten „verbreitetsten Meinung“ nicht rechtskraftfähig ist. Die Unantastbarkeit des Urteils ist also in der Verwaltung eine besondere Zutat, die der mit dem Verwaltungsakte gemeinen Wirkung bei ihm noch hinzugefügt wird.

In schlagender Weise stellt sich das richtige Verhältnis in den zahlreichen Fällen dar, wo zuerst ein Verwaltungsakt ergeht und, wenn die Beteiligten nicht damit zufrieden sind, eine Nachprüfung im Verwaltungsstreitverfahren, in Form der Verwaltungsrechtspflege stattfindet. Der in dieser Form erlassene Akt, ganz des gleichen Gegenstandes und gleichartigen Inhalts wie der erste und von rechtsbestimmender Kraft für das betroffene Verhältnis wie er, ist jetzt kein einfacher Verwaltungsakt mehr, sondern ein Urteil und rechtskraftfähig. Die Rechtskraft ist also als etwas Neues hinzugekommen und zwar als Wirkung der neu hinzugekommenen Form der Verwaltungsrechtspflege. —

Der uns Verwaltungsrechtslehrern hier erwachsenden Aufgabe ist LOENINGs Abhandlung in Verw.-Arch. VII meines Erachtens nicht gerecht geworden. Er erdrückt alle Versuche zu genauerer Bestimmung der Rechtskraft in der Verwaltung einfach durch die Autorität jener in der Zivilprozessrechtswissenschaft so viel gebrauchten und dort unschädlichen Formeln. Insbesondere glaubt er dem ganzen Rechtskraftbegriff Genüge getan zu haben glauben durch die breite Betonung der „normierenden, rechtsbestimmenden Natur des Urteils“. „Durch das rechtskräftige Urteil wird ein Rechtsverhältnis mit verbindlicher Kraft festgestellt. In dem Urteile stellt die Staatsgewalt selbst ein Rechtsverhältnis nach Massgabe des objektiven Rechts fest, mit der Wirkung, dass solange das Urteil besteht, das Verhältnis

in unantastbarer Weise rechtlich geordnet ist . . . diese staatliche rechtsbestimmende Kraft ist es, was das Urteil mit der Rechtsnorm gemein hat“ (S. 27). Er schildert also, ganz wie man das auf dem Boden des Zivilprozesses im grossen und ganzen ja kann, einfach eine Wirkung, die auch dem gewöhnlichen Verwaltungsakte zukommt. Es fehlt auch hier nicht die beliebte und doch so wertlose Anhängung dieser Wirkung an die sie angeblich erläuternde Rechtssatzwirkung[38], und ebenso teilt LOENING mit seinen Vorbildern die Meinung: an diese unantastbare Normierung des Verhältnisses, „solange das Urteil besteht“, knüpfe sich von selbst dann auch eine Unantastbarkeit des Urteils selber, sodass es regelmässig gar nicht und nur ausnahmsweise durch Wiederaufnahme des Verfahrens aufgehoben werden kann (S. 28). Ihm entgeht, dass dieses etwas Anderes, Neues ist, dass darin allein die Rechtskraft wirklich liegt; es ist für ihn, wie für die Leute, die noch keinen Verwaltungsakt kannten, in den unentwirrten Knäuel der materiellen Wirkung des Aktes eingewickelt.

Eine Folge dieser unfertigen Auffassung von der materiellen Rechtskraft zeigt sich sofort im Eingang seiner Abhandlung, S. 2, wo er FUISTING deshalb nicht versteht. FUISTING hatte im Verw.-Arch. IV S. 311 aufgestellt: der Ausspruch des Beschwerdegerichts in Einkommensteuersachen sei kein Urteil, habe deshalb nur formale, aber keine materielle Rechtskraft; dem aber hatte er hinzugefügt, dass gleichwohl die Verwaltungsbehörden dadurch „für diesen Fall“ gebunden werden. Darin sieht LOENING eine „überraschende“ Beantwortung der Frage; denn die Bindung der Veranlagungsbehörden (LOENING zitiert: Verwaltungsbehörden), die FUISTING zugesteht, sei ja tatsächlich mehr als blosse formelle, sei in Wahrheit nichts anderes als materielle Rechtskraft (vgl. auch Verw.-Arch. VII S. 73). Das kann man

---

[38]) Vgl. dazu insbesondere noch Verw.-Arch. VII S. 83.

nur behaupten, wenn man materielle Rechtskraft überall sieht, wo von der Obrigkeit sachlich massgebend bestimmt wird. Die Wirkung, welche FUISTING zugesteht, ist ja doch keine andere als die, welche jeder im einfachen Beschwerdeverfahren erzielte Bescheid für den Beschwerdeführer und für die untergeordnete Verwaltungsbehörde (hier Veranlagungsbehörde) haben wird. LOENING wird, wenn er gegen FUISTING diesen Vorwurf aufrecht erhalten will, sich dahin geführt sehen, dass er allen solchen Bescheiden materielle Rechtskraft zugestehen muss.

Wer auf solche Weise das Wesen der Rechtskraft in die rechtsbestimmende Wirkung des Aktes verlegt, der kann dann desto nachsichtiger sein mit dem Erfordernis der Unabänderlichkeit. Deshalb sieht auch LOENING nichts darin, wenn eine solche „rechtskräftige Festsetzung" nachher gleichwohl so einfach abgeändert werden kann, wie das nach Preussischem Einkommensteuergesetz durch Veranlagung zu der Nachsteuer geschieht. „Die Rechtskraft der Entscheidung der Verwaltungsgerichte in ihrer begrifflichen Bedeutung wird dadurch so wenig berührt, wie durch die Möglichkeit, dass ein rechtskräftiges Urteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben werden kann" (S. 74). Aber nun genügt doch zu der Nachsteuerveranlagung die einfache Unrichtigkeit der ersten Entscheidung! Es scheint mir unmöglich, das noch eine materielle Rechtskraft zu nennen. LOENING meint: „So lange die Veranlagung zur Nachsteuer nicht rechtskräftig erfolgt ist, übt das Erkenntnis seine volle Wirkung aus und ist für den Steuerpflichtigen wie für den Staat rechtsverbindlich". Die Verwechslung von Rechtsverbindlichkeit und Rechtskraft ist offenbar; die erstere allerdings kann auch eine vorläufige und vorübergehende sein, aber — um alles! — doch die letztere nicht!

Mit solcher weitherzigen Auffassung ist es natürlich leicht, die verschiedenen Versuche zu widerlegen, welche der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Urteile engere Grenzen ziehen wollen.

„Diejenigen Schriftsteller u. s. w. . . . . haben es versäumt," hebt er hervor, „die Folgerungen, die sich hieraus ergeben, eingehend zu untersuchen" (S. 33).

So ist ihnen seiner Meinung nach entgangen, dass „Urteile, die ihrem Inhalte nach nicht vollstreckbar sind, bei dem Mangel an Rechtskraft irgend eine rechtliche Wirkung auf das Rechtsverhältnis überhaupt nicht ausüben" (S. 34). Das gilt vor allem von dem Urteil auf Feststellungsklage: ohne die Rechtskraft „wäre es rechtlich gänzlich unwirksam und bedeutungslos". — Ganz dieselbe Feststellung einer Wegebaupflicht u. s. w. kann aber ja auch von einer einfachen Verwaltungsbehörde gemacht werden; das ist nicht bedeutungslos, sondern ausgestattet mit verbindlicher Kraft, so lange der Akt nicht in zuständiger Weise aufgehoben oder zurückgenommen ist. Oder nicht? Also geht es entweder auch ohne Rechtskraft, oder — auch der einfache Verwaltungsakt muss die Loening'sche Rechtskraft haben!

Das Gleiche ist nach Loening der Fall bei den konstitutiven Urteilen (S. 35); ohne die materielle Rechtskraft, welche man ihnen absprechen will, „wären sie wirkungslos". Nun kann man aber doch nicht leugnen, dass sie wirken, also müssen sie nach Loening Rechtskraft haben. Als Beispiele führt er an: Urteile, welche den Beschluss einer Beschlussbehörde oder eines Kommunalverbandes aufheben; denn dadurch „sind diese Verwaltungsakte endgültig aufgehoben". Ebenso Auferlegung von Eigentumsbeschränkungen durch das Waldschutzgericht; denn durch das Urteil sind „diese Verpflichtungen unmittelbar begründet"; Schliessung einer Innung, Krankenkasse, Hilfskasse: die Genossenschaft „existiert nicht mehr". „In allen diesen Fällen übt das Urteil diese rechtsbegründende und rechtsaufhebende Wirkung nur aus, weil ihm nicht nur formelle, sondern auch materielle Rechtskraft zukommt, oder, richtiger gesagt, in dieser Wirkung besteht die materielle Rechtskraft." — Nun können aber doch ganz die nämlichen Dinge mit ganz den nämlichen

Wirkungen gemacht werden je nach der Zuständigkeitsverteilung auch durch gewöhnliche Verwaltungsbehörden in Gestalt eines einfachen Verwaltungsaktes, der als solcher nicht rechtskraftfähig ist; mit welchem Rechte heisst diese Wirkung das eine Mal Rechtskraft, das andere Mal nicht? LOENING scheint darauf keine Antwort für nötig zu halten. S. 75 ff. kommt er noch einmal ausführlich auf die konstitutiven Urteile zurück, welche die verschiedenartigsten öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verhältnisse begründen, und denen deshalb „die materielle Rechtskraft nicht bestritten werden kann". Er erläutert das noch durch die Bemerkung: „Es verhält sich hiermit nicht anders, wie mit der Uebertragung des Eigentumsrechtes an enteigneten Grundstücken, welche durch die Zustellung des Enteignungsbeschlusses erfolgt". So müsste denn aber auch der Enteignungsbeschluss mit materieller Rechtskraft ausgestattet sein? Ist das ein Urteil? Ist die Enteignungsbehörde ein Verwaltungsgericht, und das Enteignungsverfahren Verwaltungsrechtspflege? Derartige Bedenken tauchen in LOENINGs Auseinandersetzungen nicht auf. An das eigentliche Problem der Rechtskraft ist er meines Erachtens überhaupt nicht herangekommen.

IV.

Rechtskraft ist also eine dem Urteile eigene, mit dem obrigkeitlichen Ausspruch dessen, was Rechtens sein soll, nicht von selbst verbundene Unabänderlichkeit.

Wir dürfen uns aber nicht einbilden, mit diesem Wort Unabänderlichkeit schon etwas Ausreichendes gesagt zu haben, bei dem wir stehen bleiben könnten. Denn die Unabänderlichkeit kann in verschiedener juristischer Gestalt ihren Ausdruck finden. Es kommt darauf an, welcher Zweck damit erreicht, welches Bedürfnis befriedigt werden soll; dem einen wird diese, dem andern jene Rechtsform entsprechen. Unsere Aufgabe muss sein, das Wesen der hier vorliegenden Unabänderlichkeit

aus diesem Zusammenhange heraus zu entwickeln und zu verstehen.

Man hat die Möglichkeiten, die hier denkbar sind, in der Prozessrechtswissenschaft bezeichnet durch die Namen: absolute Rechtskraft einerseits, relative Rechtskraft anderseits [39]). Der Gegensatz ist ganz und gar gegeben in der Verschiedenheit des Zweckes, dem die Unabänderlichkeit bei der einen und bei der andern in erster Linie zu keinem bestimmt ist.

Die absolute Rechtskraft bedeutet eine Unabänderlichkeit, die einmal entstanden, unabhängig ist von dem Willen der Parteien. Ihr Zweck ist vielmehr ein solcher des öffentlichen Interesses, des Interesses der Rechtspflege. Das Bedürfnis, das

---

[39] Man versteht unter relativer Rechtskraft wohl auch den Fall, wo ein Urteil nur teilweise rechtskräftig wird (FREUDENSTEIN, Rechtskraft S. 4 ff.) oder nur gegen einzelne Parteien, gegen andere nicht (WEISSLER, Komment. zu Fr. G.-Ges. S. 63). Wir verstehen hier relative Rechtskraft in dem Sinne, wie sie von BÜLOW in Arch. f. civ. Pr. Bd. 83 S. 30 ff. und von WACH in GRUCHOT Beitr. Bd. 37 S. 480 ff. bekämpft worden ist, d. h. eine Gebundenheit des Urteils für die Partei und daran hängende Unzulässigkeit einer Aenderung seines Bestandes ohne den Willen der Partei. Wir möchten aber hier gleich hervorheben, dass man diese relative Rechtskraft in dreierlei sehr verschiedenem Sinne bekämpfen kann, je nachdem steht es auch verschieden mit unserer Gegnerschaft.

Man kann bestreiten, dass es eine Rechtserscheinung, wie die von uns mit diesem Worte bezeichnete, überhaupt gibt; das halte ich für durchaus verfehlt.

Man kann bestreiten, dass diese Erscheinung für die Lehre von der Rechtskraft ausschliesslich in Betracht komme und die Grundsätze einer absoluten Rechtskraft verteidigen, denen sie gegebenen Falles zu weichen hat; das halte ich für richtig.

Man kann endlich diese Erscheinung selbst anerkennen, aber bestreiten, dass sie noch den Namen Rechtskraft verdient und diesen Namen ausschliesslich für die absolute Rechtskraft in Anspruch nehmen; das ist eine terminologische Frage, deren Bedeutung nicht überschätzt werden darf. Jedenfalls bedeutet das eine so gut wie das andere eine prozessrechtlich begründete Festigkeit, die dem obrigkeitlichen Akt, den wir Urteil nennen, eigentümlich ist; darum mag man es bei der doppelten Verwendung des Ausdruckes belassen. Sie ist geschichtlich überkommen.

sie zu befriedigen hat, ergibt sich aus der Natur der Zivil- und Strafjustiz. Das Gesetz, welches nicht unrecht tun kann, muss im Einzelfall angewendet werden durch einen obrigkeitlichen Ausspruch, der nach der gemeinen Mangelhaftigkeit der menschlichen Dinge die Möglichkeit hat, fehl zu gehen, dem Gesetze nicht zu entsprechen, Unrecht zu sein. Wie alle obrigkeitlichen Akte bezeugt er zwar seine Gültigkeit durch sich selbst [40]). Aber soweit Zuständigkeiten zu Nachprüfung und Neuprüfung bestehen, kann ein Unrecht aufgedeckt und durch Aufhebung des ersten Spruchs beseitigt werden. Allerdings könnte auf demselben Wege auch eine richtige Gesetzesanwendung zu Gunsten einer falschen beseitigt werden. Denn die menschliche Logik ist eben nicht, wie Bernatzik annimmt, bloss eine. Für gewöhnlich hält der Staat gleichwohl die Möglichkeit offen, dass das, was seine Behörden gemacht haben, nachträglich von ihnen verbessert werde, in der optimistischen Annahme, es werde das Spätere regelmässig wirklich das Bessere sein. Nur für die in förmlichem Prozessverfahren geübte Rechtsprechung der Gerichte, sobald einmal formelle Rechtskraft erreicht ist, gilt grundsätzlich das Gegenteil. Hier trifft aber zweierlei zusammen. Einmal handelt es sich um eine behördliche Einrichtung, die, wesentlich zur Gesetzesanwendung bestimmt, im Interesse des allgemeinen Gefühls der Rechtssicherheit gern mit einem gewissen Schein der Unfehlbarbeit umgeben wird [41]). Sodann aber ist durch das Verfahren, welches den Beteiligten eine erhebliche Mitwirkung gewährleistet, diesen gegenüber aller Härte vorgebeugt, welche sonst um ihretwillen in dem Ausschluss jeder Verbesserungsmöglichkeit gelegen sein könnte. Die Massregel wendet deshalb vor allem ihre Spitze gegen die Partei im Zivilprozess, der eine wiederholte Inanspruchnahme der Gerichte für eine bestimmte Angelegenheit versagt wird: bis de

[40] D. V.-R. I S. 99, 100.

[41] Daher auch die besondere Stellung der Justizschäden gegenüber der Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht: D. V.-R. II S. 363, 364.

eadem re ne sit actio [42]). In weiterer Entfaltung kommt sie der Partei im Strafprozesse zugute, welche durch den Grundsatz „ne bis in idem“ vor der Notwendigkeit nochmaliger Verteidigung geschützt wird [43]). Der oberste Zweck ist aber gleichmässig der Schutz der Justiz gegen die ihr Ansehen schädigende nochmalige Befassung mit einer Sache, welche sie schon einmal formell rechtskräftig erledigt hat [44]).

Die Rechtsform dafür findet man gern in der Annahme einer Aufzehrung der Befugnisse zur Inanspruchnahme des Gerichts durch einmaliges Gebrauchmachen davon, Klagekonsumtion, Anklagekonsumtion [45]). Genauer wird es sein, die Sache auszudrücken als eine Aufzehrung der Amtsgewalt der Justizbehörden gegenüber diesem Fall, welche durch den einmal zu Ende geführten Prozess bewirkt wird; denn die Justiz kann auch nicht incidenter mehr damit befasst werden, die so erledigte Angelegenheit abermals zu prüfen und rechtlich zu bestimmen [46]).

---

[42] GAUPP-STEIN, C. P. O. Komment. zu § 322, II: „weil die Selbstverantwortung der Parteien jene Bindung als gerecht erscheinen lässt“.

[43] HEFFTER, non bis in idem S. 15: „es kann diese Pflicht der Verantwortung nicht als eine stets fortdauernde gelten, ohne zur Qual, zu einem Damoklesschwert zu werden“.

[44] HELLWIG, Rechtskraft S. 12: „Ist die Frage nach dem vorhandenen Rechtszustande einmal definitiv entschieden, so verbietet das Prozessrecht, die Gerichte nochmals mit der Untersuchung, ob die Frage richtig entschieden sei, zu behelligen“. SCHANZE in Ztscht. f. St.-R.-V. 1884 S. 452: „sofern das Gericht durch sie vor wiederholter Untersuchung und Entscheidung der gleichen Frage bewahrt wird“. GAUPP-STEIN, C. P. O. Komment. zu § 322, II: „die Bindung ist eingeführt wegen der lähmenden Wirkung endloser Ungewissheit, der Vergeudung von Kraft und Arbeit und der Schwächung des Ansehens der Gerichte bei widersprechenden Entscheidungen“. KLÖPPEL, Einrede der Rechtskraft S. 62, drückt den Gedanken besonders kräftig aus, wenn er dagegen Verwahrung einlegt, „dass das Richteramt sich zum Spott der Parteien denselben Rechtsstreit immer wieder vortragen lassen muss, so oft es der einen oder andern beliebt“.

[45] KLEINSCHROD, die prozessualische Konsumtion S. 126.

[46] In diesem Sinne Mot. z. Entw. des B. G. B. I S. 372: „Der Staat hat

Diese Unzuständigkeit, wir dürfen wohl das Wort in diesem Sinne gebrauchen, ist demnach ein eigentümliches Erzeugnis des durch die besondere Art der Mitwirkung der Beteiligten gekennzeichneten Verfahrens und bedeutet eine dem Urteile als solchem um der Form seiner Entstehung willen zukommende besondere Eigenschaft, also nach unserer oben gegebenen Begriffsbestimmung — Rechtskraft.

Da es sich um eine im öffentlichen Interesse gegebene Zuständigkeitsordnung handelt, so können selbstverständlich die Parteien nicht darauf verzichten; auch ist die absolute Rechtskraft von Amtswegen zu berücksichtigen [47].

Die relative Rechtskraft hingegen bedeutet eine Gebundenheit des Urteils nicht gegen die Partei, sondern für die Partei und in ihrem Interesse. Denkbar wäre ja, dass die Sache anders geordnet wäre: der Einzelne mit seinem materiellen Recht könnte auch bloss als geeigneter Gegenstand der obrigkeitlichen Tätigkeit behandelt werden, welche die Rechtsordnung „objektiv" aufrecht zu erhalten bestimmt ist; duldend nähme er entgegen, was ihm beschieden wird, ähnlich wie er die Wohltaten der Polizei geniesst, höchstens in zweckentsprechender Weise zur Mitwirkung herangezogen, damit das Richtige herauskommt; und das Urteil, das dabei herauskommt, ist dann mit allem Weiteren Sache der Obrigkeit. Es braucht nicht gesagt zu werden, dass es nicht so geordnet ist, und dass statt dessen in unserer Justiz die Freiheit und Selbständigkeit des Bürgers in ausgeprägtester Weise zur Geltung kommt. Die Form dafür ist die des subjektiven

unverkennbar das Seinige getan . . . . Grund, ein zweites mal Gericht zu geben, ist nicht vorhanden". SCHNEIDER in Ztschft. f. Ziv.-Proz. Bd. 29 S. 155: „weil der Staat verständigerweise nur einmal einen solchen Rechtsschutz, ein Verfahren zur Feststellung des streitigen Rechtes zur Verfügung stellen kann".

[47] Die Formel res judicata jus facit inter partes trifft eigentlich für die absolute Rechtskraft nur sehr mittelbar zu; diese regelt in erster Linie Amtsbefugnisse.

öffentlichen Rechtes, d. h. einer dem Einzelnen zustehenden Macht über die Ausübung der öffentlichen Gewalt. Vermöge eines solchen subjektiven öffentlichen Rechts ist auch das in dem Urteil erscheinende Stück öffentlicher Gewalt, die Feststellung, Anordnung, Lossprechung, die es gibt, gebunden zu Gunsten der Partei, die es erwirkt hat, es besteht ein Recht am Urteil [48].

Der Gedanke ist so alt, als es eine Justiz gibt. Er findet seinen Ausdruck in der actio judicati und der exceptio judicati, durch welche die Partei, die das Urteil erwirkt hat, ihr Recht am Urteil zur Geltung bringt. Die juristische Konstruktion ver-

---

[48] DEMELIUS, Rechtskraft S. 33: „Recht des siegreichen Klägers am Urteil". DEMELIUS unterscheidet das von der eigentlichen materiellen Rechtskraft (was eine Frage des Namens ist; vgl. oben Note 39); er folgert aber eine Unabänderlichkeit des Urteils daraus (S. 59), welche nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, im Gegensatze zur Klagekonsumtion, welche aus Gründen der Prozessökonomie angenommen wird, um grundlose Behelligung des Gerichts zu verhüten (S. 61). — FUISTING im Verw.-Arch. IV S. 311 ff.: „Die Wirkungen der res judicata sind die notwendige Folge eines prozessualischen Verfahrens", bei der Beschwerde gibt es „keine Parteien im prozessualischen Sinne". Daher: „von einem durch den Rechtsspruch begründeten wohlerworbenen Rechte des Beschwerdeführers kann nicht die Rede sein"; der Ausspruch hat „keine unmittelbare Rechtswirkung auf spätere Veranlagungen . . . . dem Beschwerdeführer steht kein Rechtsanspruch dahin zu, dass die für eine frühere Veranlagung ergangene Entscheidung des Beschwerdegerichts selbst bei gleicher Sach- und Rechtslage die Veranlagungsbehörde binde". — FRIEDRICHS in Verw.-Arch. VI S. 532: „selbstverständlich werden Rechte nur für die obsiegende Partei begründet." — HELLWIG, Lehrbuch I S. 45: „Jener Pflicht (der Behörden) entspricht das prozessuale Recht der Partei, die Beachtung der Rechtskraft zu verlangen; sie erhält damit Rechtsgewissheit, nicht mehr und nicht weniger." — PAGENSTECHER, Rechtskraft S. 41: „Was niemand bezweifeln kann, ist, dass Kläger ein prozessuales Recht gegen jedes später mit der Sache befasste Gericht erworben hat, die Beachtung der Rechtskraft des Urteils zu verlangen."

Das sind andere Gesichtspunkte und andere Rechtsformen, als die absolute Rechtskraft sie bot. Es ist, manchmal nicht ganz korrekt ausgedrückt, aber doch unverkennbar, das von mir verteidigte Recht am Urteil. Die Prozessualisten werden verwundert sein zu hören, dass eine Reihe von publizistischen Celebritäten einmütig erklärt, das sei nur eine willkürliche Konstruktion und Begriffsspielerei von mir.

mochte sich das Verhältnis nur durch Vermittelung civilrechtlicher Formen vorzustellen. Das Urteil hat Quasikontraktseigenschaft [49], oder es ist das Ergebnis einer novatio, einer prozessualen Vertragsobligation, die mit der litis contestatio ihren zeitlichen Anfang nimmt [50]. Seit wir mit der Idee des subjektiven öffentlichen Rechts vertraut geworden sind, ist die Sache viel einfacher und unmittelbarer zu erfassen. Hineingestellt in die ganze Reihe der prozessualen Rechte der Parteien, ist das Urteil nur ein und der wichtigste Gegenstand darin. Es hätte ja gar keinen Sinn, dass wir einen Rechtsschutzanspruch, ein Klagerecht anerkennen und ein Recht auf Urteil und dann ein Recht auf Ausfertigung des Urteils und ein Recht auf die daraus vorzunehmende Vollstreckung, an dem Urteil selbst aber, welches das Ziel und der Ausgangspunkt aller ihrer sonstigen Rechte ist, sollte die Partei kein Recht haben? [51] Die relative Rechtskraft ist ein wesentliches Stück im System unseres Prozesses.

Insofern die relative Rechtskraft eine Gebundenheit des Urteils vorstellt durch das Recht der Partei, steht sie der Partei zur Verfügung; diese kann darauf v e r z i c h t e n, sodass Abänderung und Aufhebung des Urteils zulässig wird. Die alte Lehre von der Unverzichtbarkeit öffentlicher Rechte ist ja ein überwundener Standpunkt. —

So stehen wir denn z w e i e r l e i A r t e n v o n R e c h t s k r a f t gegenüber. Wie verhalten sie sich zu einander? Es ist eine sehr

---

[49] ENDEMANN, Prinzip der Rechtskraft S. 127.

[50] KLEINSCHROD, Die prozessualische Konsumtion S. 13.

[51] Der Anerkennung eines solchen Rechtes kann man sich nur entziehen durch Leugnung der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt und der Parteirechte insbesondere. Wie bedenklich das ist, vgl. oben Note 6.

Zur Not mag man um obige Konsequenzen, wenigstens für das Verwaltungsurteil, auch so herumzukommen suchen, dass man, wie LOENING in Verw.-Arch. V S. 71, aufstellt: die Parteien im Verwaltungsstreitverfahren seien gar keine richtigen Parteien, wenigstens keine solche im Sinne des Zivilprozesses. Da verliert man dann allerdings wieder allen Boden unter den Füssen.

beliebte Auffassung, sie als feindliche Gegensätze zu behandeln, die einander ausschliessen. Eine Zeit lang schien es, als sollte die relative Rechtskraft die Oberhand bekommen. Das war zur Zeit, da der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Bestimmung enthielt, wonach das rechtskräftige Urteil nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, vielmehr die Partei darauf verzichten kann [52]. Die Möglichkeit solchen Verzichtes ist immer ein entscheidendes Kennzeichen für die relative Rechtskraft. BÜLOW ist damals in Archiv f. civil. Pr. Bd. 83 kräftig für die absolute Rechtskraft eingetreten. Die Reichsgesetzgebung hat, wohl unter dem Eindruck dieser Ausführungen, die Frage dahingestellt sein lassen. In der Doktrin aber ist im Anschluss daran ein so entschiedener Umschwung zu Gunsten der absoluten Rechtskraft eingetreten, dass, wer vorher etwas für das Recht am Urteil geschrieben hat, jetzt schon gewärtigen muss, von übereifrigen Juristentagsreferenten, die nicht ganz auf dem Laufenden sind, für einen wunderlichen Menschen angesehen zu werden.

In Wahrheit aber besteht ein solches Entweder-Oder keineswegs. Beide, absolute Rechtskraft und relative Rechtskraft, dienen achtenswerten Interessen und haben ihr gutes Recht, jedes neben dem anderen. Das wäre also eine dritte Möglichkeit [53].

---

[52] Entw. I d. B.G.B. § 191 Abs. 2.

[53] So erklärt sich die Erscheinung, dass man bei der Begründung des Instituts der Rechtskraft die Gründe, welche absolute, und die, welche relative Rechtskraft verlangen, ganz unbedenklich zu vereinigen pflegt. Beide kommen eben in Betracht und sind wirksam geworden. Vgl. z. B. ZORN in Verw.-Arch. II S. 122. Hier wird hervorgehoben, dass die Rechtskraft im Ziv.-Proz. auf zwei Gründen beruht. Der eine ist: „Herstellung eines endgültigen Rechtsbodens für die Parteien“ oder, wie es nachher erläutert wird: „Die durch die Rechtskraft hergestellte Rechtssicherheit ist formell und materiell ein Rechtserfolg der Parteien und für die Parteien“ — also relative Rechtskraft. Aber: „daneben kommt auch noch das Moment der Rechtsökonomie in Betracht. Dieselbe Sache wiederholt verhandeln und entscheiden zu müssen wird für die Gerichte ein unerträglicher Zustand“ — also absolute Rechtskraft. Mehr oder weniger tritt dieser doppelte Gesichts-

Freilich ist nicht zu verkennen, dass jede der beiden Formen nebenbei in gewissem Masse auch den Interessen zu gute kommt, denen die andere dient, und diese insofern entbehrlich erscheinen lässt. Die Unabänderlichkeit des Urteils, welche in der Form der absoluten Rechtskraft festgelegt ist, gewährleistet zugleich der Partei den sicheren Bestand der Vorteile, welche der Spruch für sie bedeutet. Und auf der anderen Seite bewirkt auch die Gebundenheit des Urteils durch das Recht der Partei, dass der Richter nicht leicht in die Lage versetzt wird, die richterlich geschehene Gesetzesanwendung noch einmal vornehmen zu müssen, weil eine Partei nicht damit zufrieden ist. Solches ist ja im Zivilprozess nur möglich mit Zustimmung des Gegners, der auf sein Recht und seinen Vorteil verzichtet. Denkbar sind solche Fälle, aber naturgemäss recht selten [54]. Ganz ohne neuen Spruch kommt der angegangene Richter auch bei absoluter Rechtskraft nicht weg; ob er aber zurückweist, weil er nicht mehr zuständig ist, oder zurückweist, weil er nur mit Zustimmung des Gegners urteilen könnte, das macht für die Wahrung der Autorität des Richteramtes kaum einen Unterschied.

Man könnte also höchstens etwa behaupten wollen, dass das eine das andere überflüssig mache. Gegenüber der relativen

---

punkt auch hervor bei Gaupp-Stein, Komm. zu C.P.O. § 322; Demelius, Rechtskraft, S. 59, S. 61; Schultzenstein, Gutachten, S. 103, 104.

Loening behauptet für den Zweck seiner Polemik gegen mich (Verw.-Arch. VII S. 15), Bülow habe seine für das Recht am Urteil, also für relative Rechtskraft sprechenden Ausführungen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 dadurch „tatsächlich zurückgenommen“, dass er im Arch. f. civ. Pr. Bd. 83 so kräftig für die absolute Rechtskraft eingetreten ist. Das ist von seiten Loenings ein Fehlschluss; beides vereinigt sich ganz gut. Soweit die absolute Rechtskraft reicht, kommt eben das Recht der Partei (von Bülow allerdings fälschlich als ein „Privatrecht“ bezeichnet) nicht zur Wirksamkeit: es ist verdeckt.

[54] Im Strafprozess, wo nur der Angeklagte Parteinatur hat, müsste das Monopol der Staatsanwaltschaft, das Gericht neu zu befassen, im Zusammenhang mit dem Rechte des Angeschuldigten an dem für ihn ergangenen Urteil praktisch zu dem nämlichen Ergebnis führen.

Rechtskraft käme noch hinzu, dass mit Anerkennung der absoluten Rechtskraft ihr wichtigstes Merkmal, der Verzicht auf das Urteil, selbstverständlich nicht statthat; denn diese Parteiverfügung ist mit der im öffentlichen Interesse geforderten Unantastbarkeit unvereinbar. Auch damit wäre die relative Rechtskraft d. h. das Recht am Urteil nicht schlechthin verneint; denn es mag sehr wohl ein subjektives Recht bestehen, dem aus höheren Rücksichten die eine oder andere Form des Gebrauchs entzogen ist. Nur die praktische Wichtigkeit dieses Rechtes würde allerdings sehr gering sein. Aber auch diese kann in der bedeutsamsten Weise zur Geltung kommen vermöge eines Umstandes, dessen Tragweite lange nicht genug berücksichtigt wird. Tatsache ist nämlich: das Anwendungsgebiet der absoluten und das der relativen Rechtskraft decken sich wohl grossen Teils, aber keineswegs vollständig. Jede hat ihren besonderen Zweck, um dessen willen eine Unabänderlichkeit des Urteils gefordert, und ihre besondere Form, in der das verwirklicht wird. Dem entspricht jeweils auch eine besondere Abgrenzung der Fälle, in welchen diese Unabänderlichkeit Platz greift.

Jedes Urteil ist an sich der relativen Rechtskraft fähig; ob und wie aber eine solche herauskommt, d. h. ein Recht am Urteil entsteht, das wird von dem Inhalte seiner Entscheidung abhängen. Gegenstand eines Rechtes kann es selbstverständlich nur für die Partei werden, zu deren Gunsten es ausfällt [55]. Siegt der Kläger, so ist es für ihn gebunden, unterliegt er, so erwirbt der Beklagte das Recht daran. Relativ rechtskräftig wird es hier so oder so und zugleich in der Regel absolut rechtskräftig. Es decken sich dann beide Arten. Allein, es ist auch denkbar,

[55] „Das Recht des siegreichen Klägers am Urteil", wie DEMELIUS a. a. O. sagt. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Rechtskraft S. 350 ff., verwirft grundsätzlich eine Rechtskraft secundum eventum litis. Das ist sehr richtig für die absolute Rechtskraft. Für das, was wir die relative Rechtskraft nennen, ist das Gegenteil wahr.

dass Rechtspflege geordnet ist, und ein Urteil ergeht mit nur einer Partei. Das ist im Strafprozess der Fall überall, wo kein Privatkläger oder Nebenkläger auftritt, und regelmässig auch in der Verwaltungsrechtspflege. Wenn dann diese eine Partei unterliegt, verurteilt, abgewiesen wird, gibt es keine Gegenpartei, welche das entsprechende Recht am Urteil erlangen könnte, folglich keine relative Rechtskraft. Wenn absolute Rechtskraft hier gegeben ist, so steht sie allein [56]. Auch das Umgekehrte ist mög-

[56] LOENING in Verw.-Arch. V S. 12 ff. wendet sich sehr scharf gegen die von mir vertretene Unterscheidung zwischen Rechtspflege mit nur einer Parteistellung und Rechtspflege mit entgegengesetzten Parteien. Ich nannte das einseitige und zweiseitige Rechtspflege; der Name gefällt mir selbst nicht; vielleicht sagte ich besser: einfache und zweischneidige Rechtspflege. Nun jedenfalls kann man verstehen, was ich meine. Zur Widerlegung greift LOENING weit aus. Er führt meine Lehre zurück auf eine fehlerhafte Grundauffassung von dem Verhältnis zwischen Staat und Untertan, eine Grundauffassung, die einem Rechtsgelehrten recht übel ansteht, ja bei ihm geradezu etwas Gehässiges haben muss. Die Grundlage meiner Ausführungen ist nämlich — ich bin überrascht, das zu erfahren — „der Gedanke, dass der Staat nur auf Gewalt beruhe“, folglich die Verneinung alles Rechtes zwischen Staat und Untertanen; diese „unterstehen nur seiner tatsächlichen Herrschermacht“; das Verhältnis wäre für mich folgerichtig „nur ein tatsächliches Machtverhältnis, aus dem Rechte und Pflichten nicht entspringen können“ (S. 13). Also absolutistischer Polizeistaat! Wenn ich gleichwohl von Rechten und Pflichten der Untertanen rede, so ist das nur eine meiner gewöhnlichen Inkonsequenzen. Nun hatte ich mich aber doch wahrhaftig redlich genug bemüht, die Idee des Rechtsstaates klar heraus zu arbeiten. Seine Rechtsordnung beruht allerdings nicht mehr, wie weiland die des alten Staatswesens, auf einer Sammlung von einzelnen subjektiven öffentlichen Rechten, Hoheitsrechten; der Staat hat schlechthin die allumfassende öffentliche Gewalt. Aber die Trennung der Gewalten und die Ausbildung des Verwaltungsrechtes haben die Aufgabe gelöst, auch diese ungeheure Macht kunstvoll in die Formen des Rechtes zu bringen, so dass man auch die gewohnten Ausdrucksweisen des Zivilrechtes verwenden mag — wie das zugeht, kann ich natürlich hier nicht wiederholen. Ich weiss, dass mich viele verstanden haben. LOENING will mich nicht verstehen. Seine Folgerung lautet einfach: „Hat der Staat demnach keine öffentlichen Rechte gegenüber den Untertanen“ — und das habe ich allerdings gesagt —, so bleibt zwischen ihnen „nur die Tatsache der Macht“. Also: LOENING stellt sich auf den Standpunkt des seligen Reichskammergerichts, und weil ich den nicht teile, hilft

lich. Der Zweck der absoluten Rechtskraft, das Ansehen des Richteramtes vor zwiefacher Rechtsprechung zu schützen, erfordert nicht die Unabänderlichkeit jeglichen Spruches, der die

---

es mir gar nichts, dass ich für den modernen Rechtsstaat eifere; ich werde rücksichtslos in den Polizeistaat hineinkommandiert. Es liegt darin eine gewisse Härte.

In der Sache würde es denn darauf ankommen, wie LOENING mir gegenüber den Beweis führt, dass alle Rechtspflege in Straf- und Verwaltungsrecht immer mit zwei sich gegenüberstehenden Parteien arbeitet, zweischneidig ist. Tatsächlich sehen wir doch in vielen Fällen das ganze Verfahren darauf eingerichtet, dass nur ein Untertan darin der Obrigkeit gegenübersteht, um als Partei mitzuwirken an ihrem Tun. Wo ist die Gegenpartei? Da ist man natürlich leicht fertig mit der Antwort: die andere Partei ist der Staat. Nun, der Staat ist ja immer an dem Verfahren beteiligt durch den Richter, der in seinem Namen spricht, wohl auch durch einen Staatsanwalt oder einen Vertreter des öffentlichen Interesses. Aber, ist er dadurch Partei? Was ist eine Partei? Ich denke: das Rechtssubjekt, dem durch den im Prozess ergehenden obrigkeitlichen Ausspruch bestimmt werden soll, was für es Rechtens ist. Dem Staate wird es hier nicht bestimmt, sondern er bestimmt es. Die obrigkeitliche Bestimmungsmacht kann ja rückbezüglich sein; das ist der bekannte Fall, „wenn Fiskus agieret“. Aber das ist doch eine Besonderheit, eine kühne, für gewisse Fälle angenommene Fiktion und Konstruktion. Niemand wird die Idee einer Staatspersönlichkeit, welche dem durch die Obrigkeit vertretenen Staate gegenübersteht „wie ein Privatmann“, im Ernste ausdehnen wollen über vermögensrechtliche Zusammenhänge hinaus auf den strafverfolgenden, polizeilich verfügenden Staat. Hier ist der Staat einheitlich und ungebrochen nur die Obrigkeit, deren Tätigkeit allerdings in Zuständigkeiten verteilt und an Formen geknüpft und inhaltlich gebunden erscheint, aber eben wie Obrigkeit von innen heraus geordnet, nicht wie die Partei durch fremde Autorität von aussen bestimmt. Die Rechtsstellung der Partei ist eine ganz andere.

Danach sollte man denken, es sei unmöglich, den Staat für die zuweilen fehlende Gegenpartei heranzuziehen. LOENING hat gleichwohl ein Mittel gefunden. Und das besteht darin, dass man es eben mit dem Parteibegriff nicht so genau nehmen darf. Es darf nicht übersehen werden, erklärt er S. 71, „dass der Begriff der Partei im Verwaltungsstreitverfahren ein andrer ist als im Zivilprozess“. Wie so? Ein Hauptunterschied wird uns sofort hervorgehoben: „dass, sofern der Staat im Verwaltungsstreitverfahren Partei ist, von einem Unterliegen des Staates niemals die Rede sein kann“. Eine Partei, die immer gewinnt, das ist vielleicht ein Ideal. Aber diese seltsame Partei ist natürlich nichts anderes als die Obrigkeit, die über den Parteien

Natur eines Urteils hat und schliesst nicht jede Art von Abänderung aus. So wird es denkbar, dass die absolute Rechtskraft nicht Platz greift in einem Falle, wo gleichwohl ein Recht der Partei vom Urteil entstanden ist und bindend wirkt, relative Rechtskraft also vorliegt. Diese Fälle sind besonders bedeutsam, weil hier das Recht am Urteil in seiner Eigenart und in seiner Unentbehrlichkeit für das Verständnis der Sache einleuchtend zu Tage tritt. Sie ergeben sich für den Zivilprozess im Zusammenhang der Lehre vom konstitutiven Urteilsinhalt und vom Schiedsspruch [57].

Eine ganz unvergleichlich wichtigere Rolle aber spielt der Ausschluss der absoluten Rechtskraft auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege. Dieselben Gründe, die ihn anerkanntermassen auf dem Gebiete des Zivilprozesses herbeiführen, wirken hier in grossem Umfange. Bedeutsame Tatsachen des wirklichen Rechtes finden nur in diesem Zusammenhang Erklärung und Verständnis. Es kann sogar zweifelhaft sein, ob man nicht behaupten sollte, dass es auf diesem Gebiete eine absolute Rechtskraft überhaupt nicht gebe, sondern lediglich eine relative d. h. ein Recht am Urteil. Jedenfalls tritt hier jene praktisch ganz in den Hintergrund. Ich hatte geglaubt, in meinem deutschen Verwaltungsrecht eine brauchbare Lehre von der Verwaltungs-

---

steht, also das Gegenteil einer Partei. Mir scheint hier der feste Parteibegriff gänzlich zu verschwinden, und dieser Preis ist doch offenbar zu hoch.

[57] Im Strafprozess hat sich die Rechtskraft später durchgesetzt als im Zivilprozess (Birkmeyer, Strafprozess S. 87), d. h. die absolute Rechtskraft wurde verneint, das Recht der Partei verhinderte ein neues Verfahren zu ihren Gunsten nicht und die absolutio ab instantia behielt die neue Verfolgung vor. Das jetzt noch bestehende Begnadigungsrecht wirkt nur gegen die absolute Rechtskraft, nicht gegen das Recht der Partei, des freigesprochenen und mildbestraften Angeklagten oder des siegreichen Privatklägers; insofern wird die von uns hervorgehobene Unterscheidung auch hier von Wichtigkeit. Freilich spielen beim Begnadigungsrecht noch andere Dinge herein. Deshalb ist wohl Loening im Rechte, sofern er im Verw.-Arch. VII S. 17 ff. geltend macht, dass ich zuviel Wert auf dieses Argument gelegt habe.

rechtspflege geben zu können, ohne auf diese Frage einzugehen, mit dem Rechte am Urteil allein. Nach der Wendung in der neueren Auffassung scheint es mir jetzt doch richtiger, auch in der Verwaltung eine absolute Rechtskraft neben und hinter der relativen anzuerkennen.

Die Fälle, in welchen die letztere zu Tage treten kann, sind, entsprechend den zivilprozessualen Seitenstücken, von zweierlei Art.

V.

Der erste Fall des Ausbleibens der absoluten Rechtskraft ergibt sich daraus, dass die Forderung der absoluten Rechtskraft geknüpft ist an den gewöhnlichen Fall der gerichtlichen Streitentscheidung. Es handelt sich hier darum, nur auszusprechen, was zwischen den Parteien schon Rechtens ist, damit es durchführbar werde. Wir können sagen: auszusprechen, was Rechtens sein soll, weil es schon Rechtens ist und als solches erkannt wird. Das ist die Rechtsprechung im genauen Sinn des Wortes. Man spricht hier von der deklarativen Natur des Aktes, oder von der Feststellungsnatur, vom Feststellungsinhalt des Urteils; sehr gerne heisst man es auch richterliche Rechtsanwendung. Im Verwaltungsrecht hat Bernatzik mit besonderem Nachdruck den Begriff der Entscheidung in diesem Sinne geprägt: Entscheidung ist die Anwendung der abstrakten Rechtsnorm [58]; im Gegensatz zur Verfügung, der das freie Ermessen eigentümlich ist. In diesem Sinne — also ohne die Absonderlichkeiten, die Bernatzik seinerseits weiter daran knüpfen will — sind die Begriffe: Entscheidung und Verfügung ziemlich allgemein in die Terminologie der Verwaltungsrechtswissenschaft aufgenommen.

Für diese Tätigkeit nun, für die entscheidende oder recht-

---

[58] BERNATZIK, Rechtskraft S. 7 ff.

sprechende Tätigkeit des Gerichts wird im öffentlichen Interesse jene Unfehlbarkeit in Anspruch genommen, die ihren Ausdruck findet in der Unzulässigkeit einer nochmaligen Rechtsprechung in derselben Sache. Wo die Justiz nichts anderes sein will als die untrügliche Verkünderin des Willens des Gesetzes, ist ihr Ausspruch ausgestattet mit absoluter Rechtskraft [59].

Das ist der richtige Kern, der allerdings enthalten ist in BERNATZIKs Lehre von dem Zusammenhang zwischen Entscheidung und Rechtskraft. Falsch ist, dass jede behördliche Entscheidung rechtskräftig werde; aber wahr ist, dass die absolute Rechtskraft gemeint ist für solche Urteile der Gerichte, d. h. in Form der Rechtskraft ergehende obrigkeitliche Aussprüche zur Ordnung des Einzelfalles, welche Entscheidung, Rechtsprechung zum Inhalt haben.

Nun hat man aber beobachtet, dass die Urteile auch noch anderes zum Inhalt haben können als Rechtsprechung. Insbe-

---

[59] Diese Voraussetzung pflegt sich bei den Prozessualisten als eine ganz selbstverständliche und ohne besondere Begründung in die Lehre von der Rechtskraft einzuschieben. FREUDENSTEIN, Rechtskraft S. 2: „Rechtskraft ist das endgültige Produkt der richterlichen Rechtsanwendung . . . Sie ist das unwiderrufliche durch das legitime Organ der Rechtsordnung, den Richter, verlautbarte Anerkenntnis, dass die Voraussetzungen ihrer Betätigung, d. h. die Anwendung der abstrakten Rechtsregeln auf einen konkreten Tatbestand negativ oder positiv vorhanden waren.“ Die „negativ vorhandenen Voraussetzungen“ sind etwas sehr Unschönes, aber die ganze Idee der Rechtskraft ist doch hier sehr deutlich zum Ausdruck gebracht. Vgl. auch KLÖPPEL, Einr. d. Rechtskraft S. 112: „konkrete Rechtssetzung“ durch „Anwendung der Rechtssätze auf die Tatsachen“ ist Voraussetzung der Rechtskraft. SCHNEIDER in Ztschft. f. civ. Pr. Bd. 29 S. 155: „ein Verfahren zur Feststellung des streitigen Rechts“; ebenda S. 104. SCHANZE in Ztsch. f. Stf.R.W. 1884 S. 452. WACH, Handb. I S. 75; derselbe, Vorträge S. 255. ECCIUS, Preuss. Priv.-R. I S. 290. — Diese Auffassung tritt namentlich in der Form mit besonderer Kraft zu Tage, dass die Rechtskraft hergeleitet wird aus dem Zwecke des Prozesses, „das Recht zu vergewissern“: BÜLOW im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 75; PAGENSTECHER, Rechtskraft S. 25. Da muss es selbstverständlich vorher schon dagewesen sein.

sondere können sie solche obrigkeitliche Anordnungen enthalten, also Aussprüche dessen, was für die Parteien Rechtens sein soll, die nicht zugleich nur aussprechen wollen, was schon Rechtens für sie ist, sondern Neues für sie bestimmen. Man hat für solche Urteile die Bezeichnung: konstitutive oder rechtsgestaltende oder rechtsändernde Urteile eingeführt. Genauer noch ist es im Sinne dieser Lehre ausgedrückt, wenn man von einem konstitutiven Urteilsinhalt spricht. Denn die Sache wird so gedacht, dass regelmässig in ein und demselben Urteil eine Deklaration, eine Feststellung dessen, was Rechtens ist, vorausgeht, und nachher je nachdem die entsprechende rechtsgestaltende Anordnung daran geknüpft wird. Das Urteil z. B., das auf Ehescheidungsklage ergeht, stellt zunächst fest, ob ein Recht auf Ehescheidung gegeben ist [60]. Verneinenden Falles hat es bei dieser Feststellung sein Bewenden, bejahenden Falles wird zu der Feststellung der Ausspruch der Scheidung hinzugefügt. Zwischen diesen beiden Stücken wird nun der bedeutsame Unterschied hervorgehoben, dass die Feststellung rein prozessualer, öffentlichrechtlicher Natur ist [61]. Für sie allein gilt das Institut der Rechtskraft. Die Rechtsgestaltung dagegen, dem Rechtsgeschäft vergleichbar, hat unmittelbar zivilrechtliche Wirkung und der von ihr erzeugte zivilrechtliche Rechtszustand kann dann auch nur geändert werden in den für solche Aenderungen gegebenen zivilrechtlichen Formen. Aber rechtskräftig wird die Rechtsgestaltung für sich betrachtet nicht. Sie hat es ja auch nicht nötig [62].

---

[60] HELLWIG, Rechtskraft S. 4: das „Recht auf Rechtsänderung“ wird festgestellt.

[61] HELLWIG, Rechtskraft S. 19.

[62] HELLWIG, Rechtskraft S. 5: „Für die Frage der sogenannten materiellen Rechtskraft kommt allein dieser Feststellungsinhalt der Verurteilung in Betracht“ . . . S. 14 Note: „Auf rechtsgestaltende Urteile nimmt § 325 C. Pr. O. keine Rücksicht.“ LEVIS, Entmündigung S. 306, 308; ECCIUS, Preuss. Priv.-R. I S. 292, 299. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Rechtskraft S. 311: „die

Hat man sich das Urteil ordentlicherweise so gegliedert und zusammengesetzt zu denken, so stellt sich daneben die Möglichkeit, dass einem Urteil der eine oder der andere der zwei Bestandteile fehlt. Es gibt einerseits Urteile „ohne konstitutive Funktion“, die also lediglich erklären, was schon Rechtens ist. Als Hauptbeispiel dienen die bekannten Feststellungsurteile im eigentlichen Sinn. Sie schaffen kein neues Recht, sind aber rechtskraftfähig. Auf der andern Seite wird es Urteile geben können, welche „nur konstitutiv“ sind, also keine Feststellung bereits vorhandenen Rechts enthalten, sondern im Gegensatz dazu mit freiem Ermessen einen neuen Rechtszustand begründen. Diese haben dann folgerichtig keine Rechtskraft, wenigstens die nicht, welche man die absolute nennt.

Die ganze Lehre ist noch sehr im Fluss, und namentlich über die Abgrenzung der einzelnen Bestandteile und Gruppen ist man nicht einig. Uns scheint es, dass man zu viel Wert legt auf die abstrakte Zerlegung des Inhalts des Urteils, während doch dieses nach seiner praktischen Wirksamkeit als Ganzes einheitlich der einen oder andern Art angehört. Unsere verwaltungsrechtlichen Begriffe der Entscheidung und Verfügung geben viel brauchbarere Abgrenzungen: fast die ganze Hauptgruppe der aus Feststellung und Rechtsgestaltung zusammengesetzten Urteile löst sich für uns auf in Entscheidungen und Verfügungen, je nachdem die Feststellung oder die Rechtsgestaltung im Ganzen des Urteils überwiegt.

Um das zu erläutern, will ich zwei Hauptpunkte aus HELLWIGS Darstellung in „Wesen und subjektiver Begrenzung der Rechtskraft“ herausgreifen; die hervorragende Bedeutung, die HELLWIGS Lehren für unseren Gegenstand gewonnen haben, recht-

res judicata gehört zur deklaratorischen, nicht zur konstitutiven Urteilsfunktion“; ebenda S. 474. PAGENSTECHER, Rechtskraft S. 25 Note 60: „Bei der rechtsändernden Funktion des konstitutiven Urteils kann man von einem Rechtskraftproblem eigentlich kaum reden.“

fertigt diese Wahl. Er scheint mir die Einheitlichkeit der Natur des Urteils teils dadurch zu zerstören, dass er an einer Entscheidung die Selbständigkeit eines rechtsgestaltenden Elementes übertreibt, teils dadurch, dass er an einer Verfügung ein selbständiges rechtfeststellendes Element zu Unrecht hervorhebt.

Ein richterliches Erkenntnis, welches den Beklagten zu einer Leistung verurteilt, enthält nach HELLWIG a. a. O. S. 5 zunächst die Feststellung der Leistungspflicht, und dieser Feststellungsinhalt „kommt für die Frage der materiellen Rechtskraft allein in Betracht" (S. 6). Dazu enthält es aber noch den Leistungsbefehl, der den Vollstreckungsanspruch erzeugt. Dieser wäre ein Rechtsgestaltungsakt, von der Rechtskraft unabhängig und von jedermann anzuerkennen (S. 7). Aber unsres Erachtens wird eine gerichtliche Anordnung, welche sich aus der Rechtsfeststellung mit rechtlicher Notwendigkeit ergibt, als Zubehör der letzteren von der Rechtskraft mit erfasst. Das ganze verurteilende Erkenntnis ist einheitlich eine Entscheidung[63]. Eine selbständige Natur würde die zweite Anordnung nur erhalten, wenn sie von dem Gerichte mit freiem Ermessen so oder überhaupt der Feststellung hinzugefügt würde. Das Gleiche wie von der Verurteilung zur Leistung muss auch von der Ehescheidung gelten, obwohl man hier geneigter ist zur Zerlegung. Das Urteil, das die Ehescheidung wegen Ehebruchs ausspricht, hat damit „zugleich das Recht auf Rechtsänderung" festgestellt[64]; deshalb wird es rechtskräftig, der Ausspruch der Ehescheidung selbst ist unserer Auffassung nach nur der gebundene Vollzug jener Feststellung und mit erfasst von der Rechtskraft. Das Ganze ist also einheitlich eine Entscheidung.

Daneben stellt dann HELLWIG den Satz auf: die Abweisung der Klage auf Rechtsänderung sei rechtskraftfähig, weil sie das

---

[63] Gegen die Sonderung von Feststellung und Leistungsbefehl mit Recht KISCH, Beiträge S. 24 ff.

[64] Vgl. oben Note 60.

Nichtbestehen des Rechts auf Rechtsänderung feststellt (S. 4). Das ist richtig für die Abweisung der Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruchs und zwar deshalb, weil es hier einen Anspruch auf die Rechtsänderung gibt. Falsch ist aber, wenn HELLWIG meint: überall, wo eine Klage auf Rechtsänderung abgewiesen wird, werde zugleich das Nichtbestehen eines Rechts auf Rechtsänderung festgestellt. Das ist überall da nicht der Fall, wo mit der Klage ein solches Recht gar nicht geltend gemacht werden konnte und nicht geltend gemacht worden ist, weil es nach Lage des Gesetzes ein solches Recht nicht gibt. Da ist also auch nichts festzustellen. Wir haben im Verwaltungsrechte zahlreiche obrigkeitliche Genehmigungen, Erlaubnisse, Verleihungen, die durch Verfügung erteilt werden nach freiem Ermessen der Zweckmässigkeit und des öffentlichen Interesses. Ansiedelungsgenehmigungen, Wasserstauverleihungen, Wandergewerbescheine für Ausländer („kann" erteilt werden) und sonst gar mancherlei polizeiliche Erlaubnisse [65]. Das bedeutet dann überall die Verneinung eines Rechtes auf die Gewährung. Das wird auch nicht anders, wenn das von der Verwaltungsbehörde abgewiesene Gesuch im Wege der Verwaltungsklage an ein Verwaltungsgericht gebracht werden

[65] Eine grosse Reihe solcher Verfügungen mit freiem Ermessen, die nach Preussischem Rechte in die Form der Verwaltungsrechtspflege gebracht werden können, findet sich aufgezählt bei O. MUELLER, Begriff der Verwaltungsrechtspflege S. 11 ff. — Wir wollen als besonders einleuchtendes Beispiel nur hervorheben den Fall der Schankwirtschaftserlaubnis, die verweigert werden kann: wegen Besorgnis des Missbrauchs, weil das Lokal den polizeilichen Anforderungen nicht genügt, weil ein Bedürfnis nicht besteht (Gew.-O. § 33). Wie sehr hier freies Ermessen in Frage ist, wird von O. MUELLER a. a. O. S. 19 ff. treffend ausgeführt. — Erwähnt sei hier noch eine öfters zitierte Abhandlung in FISCHERS Ztschft. III S. 149 ff., bloss deshalb, weil sie beweist, was auf diesem Gebiete alles möglich ist. Der Verfasser spricht nämlich den Urteilen der Verwaltungsgerichte die Rechtskraft überhaupt ab. Warum? „Weil er (der Spruch des Verwaltungsgerichts) nur deklarativen Charakter hat, d. h. nur ausspricht, welche der gegenwärtigen Rechtsnormen und in welcher Weise dieselbe auf das streitige Rechtsverhältnis Anwendung findet." Alles falsch!

kann. Man muss sich nur klar werden: der Kläger hat in solchem Falle ein Recht auf ein Urteil, welches nach freiem Ermessen ausspricht, was Rechtens sein soll. Aber er hat, eben wegen dieses freien Ermessens, kein Recht, das die Behörde und das Gericht bände, so und nicht anders zu sprechen; also wird hier kein „vorhandenes Recht festgestellt", bei der Abweisung des Gesuchs so wenig wie bei der Willfahrung. Festgestellt wird natürlich auch hier, ob die Voraussetzungen gegeben sind, unter welchen das Gericht überhaupt angegangen werden kann, also ob das Recht auf Urteil, der Urteilsanspruch besteht; das ist aber ja etwas anderes als das Recht auf einen bestimmten Urteilsinhalt. Festgestellt wird ferner, wie die Tatsachen liegen, welche das Gericht seinem Ausspruche zu Grunde legen soll. Aber man täusche sich doch nicht: auch das sind keine Feststellungen eines bei dem Kläger bereits vorhandenen Rechtszustandes in dem Sinne, wie man bei dieser Lehre die Feststellung als technischen Ausdruck verstanden haben will; das sind lediglich Erwägungsgründe, Hilfselemente für den Entschluss zu der zu erlassenden Verfügung.

Wir haben Gleichartiges, also konstitutive Urteile, die nach freiem Ermessen ergehen, auch im Zivilprozess.

Ein hervorragendes Beispiel bot nach unserem früheren Recht und bietet jetzt noch im französischen Recht die Teilungsklage. Der Mitberechtigte kann verlangen, dass der Richter teile; wie dieser es macht, ist nicht rechtlich bestimmt; es gibt kein Recht auf einen bestimmten Inhalt des Teilungsurteils, denn es waltet hier „das freie Ermessen des Richters, wie es regelmässig mit dem konstitutiven Urteil verknüpft ist"[66]. Das Urteil ist also nicht Rechtsanwendung, nicht Entscheidung, sondern Verfügung und als solche nicht rechtskraftfähig[67].

---

[66] Kisch, Beiträge S. 64. Daselbst auch die Hervorhebung des Gegensatzes zum Teilungsverfahren des B.G.B., das einen Anspruch auf Urteil bestimmten Inhalts gibt.

[67] Das französische Recht hat diese Folgerung unbedenklich gezogen:

Verblieben ist diese Form für den Fall des § 2048 B.G.B.: nach Anordnung des Erblassers soll die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines dritten erfolgen; wenn sie von diesem offenbar unbillig gemacht worden ist, erfolgt die Bestimmung durch Urteil und auch nach freiem Ermessen, selbstverständlich. Die Miterben können dann jederzeit auf diese urteilsmässige Verfügung verzichten und anders teilen [68].

Aehnlich B.G.B. § 660 bezüglich der Verteilung des in der Auslobung versprochenen Lohnes.

Nach B.G.B. § 1612 Abs. 1 kann der Unterhaltsverpflichtete verlangen, dass ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Weise als durch Geldrente gestattet werde „wenn besondere Gründe vorliegen". Er kann verlangen? — gegenüber dem Unterhaltsberechtigten bekommt er diese Befugnis, wenn ihn das Gericht dazu ermächtigt hat. Die Gewährung dieser Befugnis ist Sache freien Ermessens, es besteht kein Anspruch darauf, das Urteil stellt nicht ein schon bestehendes Verhältnis fest. Es verfügt.

Hierher gehören auch die Urteile, welche eine Handelsgesellschaft auflösen, einen Sozius ausschliessen, oder ihm die Geschäftsführung entziehen, weil „wichtige Gründe" vorliegen, ferner die Urteile, welche eine übermässige Leistung herabsetzen (B.G.B. § 343, H.G.B. § 75 Abs. 2), die Ausübung einer Grunddienst-

---

Demolombe XXX n. 286: le jugement qui homologue un partage n'a pas de force de chose jugée. Es kann sich mit einem Urteil solchen Inhalts auch eine Rechtsanwendung verbinden, z. B. mit der Teilungsklage eine Klage auf vorherige Anerkennung des Miterbenrechts (Kisch a. a. O. S. 120). Das tritt dann in deutlich geschiedenen Anträgen und Aussprüchen selbständig hervor und gibt dann auch wirklich zusammengesetzte Urteile.

[68] Kisch a. a. O. S. 137 Note 119: „Die Bestimmung durch den Richter hat keine grössere Kraft, als eine entsprechende Anordnung des Erblassers." Rechtsgeschäftsnatur solcher Urteile! Folgerichtig, wenn die Parteien nachträglich doch wieder nicht einig werden, müssen sie auch ein neues Auseinandersetzungsurteil verlangen können. Können sie nicht sogar ohne weiteres wieder vor den Richter kommen und gemeinsam ein anderes Urteil erbitten? Mir scheint: ja.

barkeit an eine andere minder beschwerliche Stelle verlegen (B.G.B. § 1023). Das sind überall Verfügungen und rechtsgestaltende Urteile ohne Feststellung eines bereits vorhandenen Rechtszustandes; im Falle die Klage abgewiesen wird, sind sie weder rechtsgestaltend, noch rechtsfeststellend.

Mithin, wenn die Rechtskraft an der Feststellung hängt, tritt sie hier überall nicht ein.

Wir sprechen aber hier — vergessen wir das nicht — immer nur von der absoluten Rechtskraft. Wir sehen, dass die ihrem Zweck und Wesen entsprechenden Voraussetzungen in diesen verfügenden Urteilen nicht gegeben sind, daher ist es ganz folgerichtig, wenn sie unanwendbar erklärt wird. Damit ist nicht gesagt, dass auch die relative Rechtskraft, das Recht am Urteil in Wegfall komme. Denn hierfür sind die Voraussetzungen andere. Wir dürfen also erwarten, dass gerade in diesen Fällen die relative Rechtskraft, die sonst von der absoluten Rechtskraft verdeckt wird, zu Tage tritt und praktische Bedeutung bekommt. Man wird nur deshalb meist nicht darauf aufmerksam, weil man, auch uneingestanden, immer noch mit einem Stück absoluter Rechtskraft rechnet und weil man es als ganz selbstverständlich ansieht, dass eine Aenderung an dem einmal urteilsmässig Festgesetzten die Zustimmung des Gegners voraussetzt. Wo die Verfügung rechtsgestaltend ist, wird sich das als die Wirkung eines begründeten subjektiven Zivilrechts erklären lassen. Aber es gilt doch das Gleiche, wo ein solches Recht nicht begründet ist, vor allem auch bei der Klageabweisung. Der Verklagte braucht sich nicht gefallen zu lassen, nochmals so in Anspruch genommen zu werden, obwohl er kein erworbenes Zivilrecht geltend zu machen hat und obwohl keine absolute Rechtskraft besteht. Das versteht sich aber nicht von selbst, sondern bedarf einer juristischen Erklärung und die Erklärung — das ist eben das Recht am Urteil, nichts anderes. —

Im Verwaltungsrecht treten nun aber alle diese Dinge mit

noch viel grösserer Deutlichkeit zu Tage: das liegt einmal daran, dass hier, wie wir gesehen haben (vgl. oben Note 65), in viel grösserem Masse Verfügungen, d. h. Verwaltungsakte mit freiem Ermessen zum Gegenstande der Rechtspflege gemacht sind. In diesen Fällen würde also keine absolute Rechtskraft Platz greifen; die relative wird sie nur praktisch ersetzen. Aber hier kommt noch ein Weiteres hinzu, vermöge dessen auch die relative Rechtskraft ihren Dienst versagt. Das Recht am Urteil gibt ja diesem seine Gebundenheit, gleichviel wie es ausfallen mag, so lange sich zwei Parteien gegenüberstehen. Die zugesprochene Klage bedeutet allerdings kein Recht des Verklagten am Urteil, wohl aber des Klägers, und umgekehrt die abgewiesene kein Recht des Klägers, wohl aber des Verklagten. Nun haben wir aber im Verwaltungsrecht zahlreiche Fälle, wo der in Form des Urteils handelnden Obrigkeit nur ein Beteiligter gegenübersteht, Rechtspflege mit einer Partei oder einfache Rechtspflege (im Gegensatz zur „zweischneidigen"). Hier entsteht ein Recht am Urteil nur dann, wenn es zu Gunsten dieser Partei ausfällt; andernfalls nicht. Trifft damit zusammen, dass es sich um eine Verfügung in Urteilsform handelt, bei welcher absolute Rechtskraft ohnehin nicht besteht, so wird dieser Akt durch die Art seiner Erzeugung überhaupt keine besondere Gebundenheit erhalten. Er muss aufhebbar und abänderbar sein, ganz soweit als er es wäre, wenn man ihn nicht in Verwaltungsrechtspflege, sondern in Gestalt eines gewöhnlichen Verwaltungsaktes kraft einfacher behördlicher Zuständigkeit erlassen hätte [69]. —

[69] Da dieses Ergebnis auf dem Zusammentreffen zweier Voraussetzungen beruht, so ist man berechtigt, ihm zu widersprechen, wenn auch nur die eine von beiden nicht richtig ist. Loening verneint beide, aber wie mir scheint, die eine mit so wenig Glück als die andere. Er bestreitet zunächst die Möglichkeit einer Rechtspflege mit nur einer Partei; darüber ist oben IV Note 56 schon das Nötige gesagt worden. Sodann aber ist er auch wieder bemüht, den klaren Gegensatz zwischen Entscheidung und Verfügung, Urteil mit Feststellungsinhalt und konstitutivem Urteil zu verwischen. Die Hand-

Das Preussische O.V.G. hat in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochen, dass polizeilichen Verfügungen durch das bestätigende Verwaltungsgerichtserkenntnis Rechtskraft nicht erworben wird.

---

habe dazu gibt ihm die Mehrdeutigkeit des Wortes „Feststellung". KISCH, Beiträge S. 74 Note 61 hat sehr richtig darauf aufmerksam gemacht, dass das Wort zweierlei bedeuten kann, einmal „Deklaration von etwas Vorhandenem" (Ausspruch dessen, was schon Rechtens ist, wie wir sagten) und dann wieder „bindende Regelung einer bestimmten Rechtsbeziehung" (Anordnung dessen, was jetzt erst Rechtens werden soll). Nun beginnt LOENING Verw.-Arch. VII S. 28 unverkennbar mit der Feststellung im ersteren Sinne: der Staat lässt Urteile sprechen, „um die Rechtsordnung zu verwirklichen". Diese Verwirklichung geschieht nicht nur „in objektiven, abstrakten Rechtsnormen", sondern erfordert auch „eine Einrichtung, durch welche die einzelnen Rechtsverhältnisse und die darin enthaltenen Rechte und Pflichten in autoritativer Weise festgestellt werden können. Diese Einrichtung ist das rechtskräftige Urteil". S. 29 wird dann hinzugefügt: es sei unbestritten, dass die Klage im Zivilprozess keineswegs immer darauf gerichtet ist, „den Beklagten auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses zu einer Leistung oder Unterlassung zu verurteilen oder ein schon bestehendes Rechtsverhältnis autoritativ festzustellen, sondern dass sie auch vielfach darauf gerichtet sein kann, ein neues Rechtsverhältnis zu begründen, ein bestehendes Rechtsverhältnis abzuändern oder aufzuheben". Damit haben wir denn den Gegensatz der „konstitutiven" Urteile zu den zuerst erwähnten, die LOENING jetzt als „kondemnatorische und Feststellungsurteile" bezeichnet (Feststellungsurteile hier wieder in dem engeren Sinne, als bloss feststellende Urteile). Sind jetzt diese konstitutiven Urteile, die also nicht bloss in concreto die bereits vorhandenen Rechtsverhältnisse feststellen, sondern durch welche ein Rechtsverhältnis geschaffen, geändert oder aufgehoben wird, trotzdem rechtskräftig? Ja: „trotzdem ist es gewiss, dass in allen diesen Fällen das Urteil materielle Rechtskraft gewinnt" (S. 30). Also ist doch die Feststellungsnatur des Urteils nicht entscheidend? Doch; das wird alles in Ordnung gebracht. Es wird nur zunächst noch hervorgehoben, dass durch Urteil des Gerichts alle möglichen Anordnungen getroffen werden können, auch rein polizeiliche Massregeln wie die Schliessung eines Vereins nach Preuss. Verord. v. 11. März 1850 § 16; dann kommt zusammenfassend der Schluss (S. 31): „Immer hat das Urteil, sobald es unanfechtbar geworden ist, die Folge, dass das dadurch festgestellte Verhältnis kraft staatlicher Autorität rechtsverbindlich ist." Es stimmt. Aber „das dadurch festgestellte Verhältnis" ist hier natürlich nicht mehr ein vorausbestehendes, sondern ein durch das Urteil erst begründetes, verändertes. Also ist diese „Feststellung

Eine Klage auf Erteilung der Gastwirtschaftserlaubnis nach G.O. § 33 war formell rechtskräftig abgewiesen worden. Eine neue Klage desselben Unternehmers wurde durch O.V.G. 25. Juni 1879 (Samml. V S. 291) für zulässig erklärt: „Streitsachen der

eines Rechtsverhältnisses“ eine ganz andere als die, welche zuerst als Voraussetzung der Rechtskraft bezeichnet war.

Das gleiche Spiel wiederholt sich dann bei der Verwaltungsrechtspflege. Auch hier sind die Urteile der Rechtskraft fähig: „den Urteilen der Verwaltungsgerichte ist mit denen der ordentlichen Gerichte gemein, dass sie konkrete Rechtsverhältnisse in autoritativer Weise feststellen“ (S. 31). Nach der Fussnote soll das gleichbedeutend sein mit der im Lehrbuch des V. R. gegebenen Begriffsbestimmung der Gerichtsbarkeit als der staatlichen Funktion, „durch unabhängige Behörden subjektive Rechte in konkreten Fällen festzustellen und ihre Verwirklichung zu sichern.“ Vorhandene Rechte, vorhandene Rechtsverhältnisse, denkt man, seien gemeint, entsprechend der bekannten Terminologie der Prozessualisten. Allein sofort wird hinzugefügt, dass unter diesen „feststellenden“ Urteilen auch die Rechtsverhältnisse begründenden, ändernden, aufhebenden begriffen seien. Und schliesslich wird erklärt, dass es ganz gleichgültig ist, ob das Urteil als „Akt der Rechtsprechung“ nur sagt, was schon Rechtens ist oder mit freiem Ermessen „schöpferisch“ bestimmt, was Rechtens sein soll. Die Rechtskraft ist die gleiche. „Denn allen Urteilen ist gemeinsam, dass sie ein Rechtsverhältnis feststellen und diese Feststellung ist durch die staatliche Autorität verbindlich, sobald das Urteil die Rechtskraft beschritten hat“ (S. 33). Hier ist nun wieder ganz deutlich die Loslösung des Begriffes Feststellung von einem vorgefundenen Gegenstande und die Verwendung des Wortes im Sinne von Anordnen oder, wie KISCH es nennt, „Festlegen“ eines Rechtsverhältnisses. „Diese Erscheinung, warnt der letztere in Beiträge S. 75, die man allenfalls noch als eine Art von Feststellung ansehen könnte, darf also nicht zu einer Identifizierung der deklarativen und konstitutiven Erkenntnisse verleiten.“ LOENING macht diese Identifizierung hier in der unbefangensten Weise. Deshalb kommt es ihm auch nicht darauf an, dazwischen auf einmal wieder die „Feststellung“, welche das Wesen der Rechtskraft ausmacht, doch wieder auf das vorausgesetzte Verhältnis zu beziehen. Vgl. S. 79, wo zu Gunsten der Rechtskraft des Urteils, das die Klage auf Konzessionserteilung abweist, gesagt wird: „Ein solches Urteil stellt fest, dass der Klageanspruch des Klägers zur Zeit des Urteils nicht besteht.“ Deshalb ist es auch kein Wunder, wenn ihm O. MUELLERS Bestreben, die Feststellung (unter der nicht ganz zutreffenden Bezeichnung Streitentscheidung) von den Akten des freien Ermessens scharf getrennt zu halten, „nicht recht verständlich“ bleibt (Verw.-Arch. VII S. 31). Bei ihm selbst freilich ist alles glatt gewalzt und eingeebnet.

vorliegenden Art schliessen ihrer rechtlichen Natur zufolge den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache von selbst und überhaupt aus". Es handelt sich um eine Verfügung mit freier Würdigung der Geeignetheit des Unternehmers; also keine absolute Rechtskraft! Gegner hatte der Kläger keinen, der als Partei im ersten Prozesse ein Recht am Urteil erworben hätte; also auch keine relative Rechtskraft! Die Verwaltungsbehörden, wie die Verwaltungsgerichte haben das neue Gesuch zu prüfen, ohne durch das zuerst ergangene Urteil irgendwie gebunden zu sein [70].

SCHULTZENSTEIN in seinem Gutachten für den 26. deutschen Juristentag [71] möchte das daraus erklären, dass unter diesen besonderen Umständen schon die Tatsache der Verschiedenheit der Zeit, zu welcher die beiden Urteile ergehen, genüge, damit nicht mehr eadem res vorhanden sei. Er meint: es ver-

[70] Vgl. auch O.V.G. 1. März 1882 (Samml. VIII S. 353); 29. Jan. 1885 (Samml. XI S. 397); 5. Okt. 1885 (Samml. XII S. 369); 4. Febr. 1889 (bei v. KAMPTZ, Rechtsprechung des O.V.G. IV, 2 S. 1351 und REGER, Entsch. IX S. 468 ff.); 3. Dez. 1889 (REGER, Entsch. XI S. 109). Bayr. V.G.H. 13. Juni 1889 (Samml. XI S. 262); ders. 19. Febr. 1890 (REGER, Entsch. XI S. 132). An dieser Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat sich die Lehre ausgebildet, dass Verfügungen in Urteilsform zur Rechtskraft nicht erwachsen. Die Theorie hat keineswegs mit ihren Konstruktionen a priori begonnen, sondern die Gerichte haben mit ihrer Handhabung des wirklichen Rechts die Führung gehabt und die Theorie hat nur den allgemeinen Grundsatz darin festgestellt und anerkannt. Vgl. insbesondere: B. v. BISMARCK in HARTMANNS Ztschft. f. Gesetzgebung u. Pr. V S. 578; derselbe, das Verwaltungsstreitverfahren S. 222; ZORN in Verw.-Arch. II S. 130; O. MUELLER, Begriff der V.R.Pfl. S. 193; HALBEY, Gemeindeverf. u. Verw.-R. S. 384; LANDMANN, Gew.-O. Komment. zu § 30 Note 3. — Die gleichlaufende Bewegung auf dem Boden des Zivilprozessrechts auf Ausscheidung des der Rechtskraft unfähigen konstitutiven Urteilsinhalts scheint im Gegenteil wesentlich von den Theoretikern ausgegangen zu sein.

[71] Verhandlungen Bd. I S. 120. Ebenso schon in einer Besprechung von O. MUELLER, Begriff der V.-R.-Pfl. in Verw.-Arch. IV S. 87. Auch in den Erkenntnissen des O.V.G. tritt diese Begründungsweise zu Tage: Samml. IX S. 397.

halte sich gerade so „bei den Klagen auf Zurücknahme einer Konzession wegen Besorgnis eines Missbrauches des konzessionierten Gewerbes, auf Untersagung eines Gewerbebetriebes wegen Unzuverlässigkeit in Bezug auf denselben und dergl.“ Auch diese könnten im Falle der Zurückweisung immer wieder vorgebracht werden ohne Rücksicht auf Rechtskraft. Diese Sachen fallen allerdings unter die gleiche Auffassung, insofern es sich überall handelt um Verfügungen in Urteilsform, absolute Rechtskraft also nicht gegeben ist. Aber ganz gerade so steht es mit ihnen doch nicht: zum Unterschied von dem Falle des zurückgewiesenen Gesuches um die Wirtschaftserlaubnis ist in diesen Fällen eine Partei gegeben, zu deren Gunsten das Zurückweisungsurteil ergangen ist, die also ein Recht am Urteil erworben hätte, relative Rechtskraft müsste hier Platz greifen. Natürlich wäre auch diese ausgeschlossen, wenn wirklich schon wegen Verschiedenheit der Zeit nicht mehr eadem res vorläge. Allein das dürfte denn doch zu viel behauptet sein. ZORN hat nicht Unrecht, wenn er meint[72]: eine Rechtskraft, die so leicht verschwindet, verdiene den Namen nicht mehr. In der Tat muss der Umstand, dass er Sieger geblieben ist, dem auf Zurücknahme der Erlaubnis verklagten Unternehmer doch irgendwie zu gute kommen; er kann nicht genötigt werden, fortwährend in der Rüstung zu bleiben, um den Streit jedesmal ganz von vorn wieder durchzukämpfen[73]. Dieselbe Frage

---

[72] Verw.-Arch. II S. 130.

[73] O.V.G. 25. Juni 1879 (Samml. V S. 293): „Von einem durch Klagekonsumtion wohlerworbenen Rechte im Sinne der §§ 65 u. 66 der Einleitung in die Prozessordnung, welches zum Schutze gegen fernere Anfechtung durch den Gegner der obsiegenden Partei gewährt worden ist, kann regelmässig wohl auf Seiten einer Privatperson, welche sich gegen eine ihr angesonnene Verpflichtung verteidigt, nicht aber auf Seiten des Beamten die Rede sein, welcher dem Klageantrage gegenüber das öffentliche Interesse wahrzunehmen hat“. In den von mir unterstrichenen Worten ist meines Erachtens die hier vorgetragene Lehre enthalten. O. MUELLER irrt also, wenn er, Begriff der V.R.Pfl. S. 193, aufstellt: „Ist die Ortspolizeibehörde mit dem Antrage, einem Trödler seinen Gewerbebetrieb zu verbieten,

kann ja auch bei der Versagung einer Gewerbepolizeierlaubnis entstehen, wenn diese Versagung durch Urteil ausgesprochen oder bestätigt worden ist und eine Gegenpartei da war, also z. B. ein Nachbar, der Einspruch erhoben hatte gegen die Genehmigung einer gefährlichen Gewerbeanlage. Ohne einen solchen Gegner müsste nach dem, was wir vorhin sagten, der Unternehmer sein Gesuch immer wieder von neuem stellen können. Es leuchtet aber ein, dass es nicht mehr ganz gerade so einfach sein wird, wenn der Mann mit dem von ihm erwirkten Abweisungsurteil daneben steht. Auf keinen Fall würde das neue Gesuch sachlich gewürdigt werden können, ohne dass dieser Mann besonders zugezogen und zur Erklärung aufgefordert würde. Darauf muss er sich wohl verlassen können; sein Recht wäre verletzt, wenn es nicht geschähe[74]. Stimmt er jetzt zu, so ist das Gesuch zu be-

---

nicht durchgedrungen, so ist sie nicht gehindert, den Antrag gelegentlich zu wiederholen". Sofern es sich bei diesem Verbot um einen Akt freien Ermessens handelt, ist allerdings absolute Rechtskraft ausgeschlossen. Aber O. Mueller übersieht, dass es auch eine relative Rechtskraft gibt, dass also in seinem Falle der Trödler ein Recht an dem Urteil erworben hat, welches aussprach, unter den gegebenen Umständen habe ein Verbot nicht statt.

[74] Bayr. V.G.H. 19. Febr. 1890 (Reger Entsch. XI S. 132 ff.): Einem neuen Gesuch um eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis steht die Rechtskraft einer früher erfolgten Abweisung nicht im Wege. Der Gerichtshof beruft sich hiefür in zustimmendem Sinne auf das oben (Note 73) bereits angeführte Erkenntnis O.V.G. 25. Juni 1879 (Samml. V S. 291). Von materieller Rechtskraft, führt er aber zunächst seinerseits aus, könne bei solchen abweisenden Beschlüssen nicht die Rede sein, „wenn und so weit dieselben nicht zugleich einen verwaltungsrechtlichen Ausspruch über bestrittene Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Konzessionsbewerber und dessen im Streite beteiligten Gegeninteressenten enthalten". Es gibt also keine Rechtskraft für eine solche Verfügung, wenn „der Gesuchsteller lediglich der Gewerbepolizeibehörde gegenüber steht und prozessual beteiligte Gegeninteressenten grundsätzlich ausgeschlossen sind". In der Terminologie des Bayrischen Rechts ist ein „verwaltungsrechtlicher Ausspruch" ein Urteil. Die „Rechte der prozessual beteiligten Gegeninteressenten" sind nichts anderes als zur Geltendmachung im Verwaltungsrechtspflegeverfahren zugelassene Interessen (im Sinne von O.V.G. 23. Okt. 1895: „das als im Streitverfahren verfolg-

handeln, als wäre das erste Urteil nicht da. Beharrt er aber auf seinem Widerspruch, so kann das nicht gleichgültig sein. Es steht doch zu seinen Gunsten fest, dass wie die Sache zur Zeit des ersten Urteils sich darstellte, nach richtigem Ermessen der Umstände die Anlage nicht zu dulden war. Die Zeit kann allerdings neue Tatsachen gebracht, neue Gesichtspunkte zu Tage gefördert haben, insofern liegen dann nova vor, denen gegenüber auch das Recht am Urteil nicht schützt; das ist eben nicht mehr eadem res. Aber nicht die leere Zeit wirkt so, das müssen wir festhalten. Was der Behörde als Neuheit erscheint und ob diese genügend ist, um den Standpunkt zu ändern, das bestimmt sie allerdings wieder mit freiem Ermessen; alles, was die Rechtskraft wirkt, ist nur eine Beschränkung des Stoffes ihrer Erwägungen. Aber das ist doch etwas juristisch nicht Gleichgültiges, sondern ist immerhin eine Rechtsschranke. Wenn dabei die Grenze schwankend scheinen mag, so wird das eher zu Gunsten der Partei mit dem Recht am Urteil ausschlagen, da die Behörden, menschlicher Weise, auf das schon einmal Geprüfte ohnehin nicht sehr geneigt sind, zurückzugreifen und sich daher gern auf die Rechtskraft berufen werden.

Was hier an den polizeilichen Verfügungen in Urteilsform zu beobachten war, ist selbstverständlich von ausschlaggebender Bedeutung für die ganze Lehre von der Rechtskraft. Loening, nachdem er a. a. O. S. 12 ff. meine auf solche Beobachtungen gegründeten Ansichten mit einigen allgemeinen Reflexionen verurteilt hatte als „nur willkürliche Konstruktionen, die in dem positiven Rechte keinen Boden haben“, sieht sich denn auch (S. 18) veranlasst, bezüglich dieses praktischen Punktes noch einen besondern Nachweis der Unrichtigkeit meiner „Behauptung“ zu versprechen. Dieser Nachweis wird S. 76 geliefert durch eine

---

bares Recht anerkannte Privatinteresse des Waldeigentümers“). Hier ist also anerkannt, dass zu Gunsten eines solchen Kontradiktor Rechtskraft, selbstverständlich nur relative, eintreten würde.

Kritik der von mir angerufenen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. Und zwar hat LOENING vor allem zweierlei dagegen vorzubringen.

Einmal hält er dem Gerichtshof vor, dass er mit sich selbst in Widerspruch sei, wenn er unterm 25. Juni 1879 die Rechtskraft der polizeilichen Verfügung schlechthin verneint, während er doch kurz vorher in einem derartigen Falle das Gegenteil anerkannt habe. Eine Gastwirtschaftskonzession war nämlich erteilt worden und nachträglich hatte eine ortspolizeiliche Verfügung neue Anforderungen wegen der Betriebsstätte gestellt; der Gerichtshof hat sie mit Erkenntnis vom 7. Juni 1879 als rechtswidrig aufgehoben; die Gründe sagen: „Wollte man es der Polizeibehörde gestatten, nachträglich noch weitere derartige Anforderungen zu stellen, so würde die Sicherheit, welche der Konzessionierte dadurch erlangen soll, dass ihm die Erlaubnis nur auf dem in § 53 der Gewerbeordnung bezeichneten Wege wieder entzogen werden kann, völlig illusorisch werden“. Das schreibt LOENING wörtlich ab und verlangt, dass wir darin eine Anerkennung des „Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache“ sehen. Nun ist aber doch sonnenklar, dass es sich hier einfach um den Grundsatz unserer Gewerbeordnung handelt, dass einmal erteilte gewerbepolizeiliche Erlaubnisse dem Unternehmer eine gesicherte Stellung geben sollen, insofern der Widerruf nur aus bestimmten gesetzlich bezeichneten Gründen zulässig ist. Das gilt in erster Linie von der Erlaubnis, welche die gewöhnliche Polizeibehörde durch einfachen Verwaltungsakt erteilt, gilt natürlich ebenso, wenn die Erlaubnis in Form eines Urteils erteilt ist. Von Rechtskraftswirkung aber ist hier allenthalben keine Rede[75].

[75] Der gleichen Abneigung, die Rechtskraft zu unterscheiden von der Unabänderlichkeit, welche das Gesetz einem Akte um seines Inhalts willen gibt, begegnen wir auch schon S. 74 der angeführten Abhandlung. Im Text ist dort gesagt, dass nach rechtskräftiger Abweisung der Klage auf Zurücknahme einer gewerblichen Approbation oder Konzession eine neue Klage nur wegen nova erhoben werden kann. In Note 21 wird dann hinzugefügt:

Nun das zweite Argument! Es ist ebenso merkwürdig. „Die Ansicht, die in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zum Ausdruck kommt, wäre nur richtig, schreibt LOENING (S. 76), wenn die Theorien O. MAYERS über die einseitige Rechtspflege der Verwaltungsgerichte und über die Natur der Rechtskraft als eines Rechtes der Partei . . . richtig wären". Also erst wirft man mir vor „willkürliche Konstruktionen, die in dem positiven Rechte keinen Boden haben". Und wenn man dann an die positive Rechtsprechung kommt, die den Boden bildet, dann kann sie nicht richtig sein, weil sonst OTTO MAYER Recht hätte. Es wird mir nicht verübelt werden können, wenn mir das wie ein circulus vitiosus vorkommt und zwar sehr vitiosus! Dieses aber ist der letzte Pfeil, den die vielbesprochene Abhandlung nach mir sendet.

Am besten wäre damit auch die Polemik gegen das Oberverwaltungsgericht geschlossen worden. Denn was nun noch hinzugefügt wird (S. 77—79) beansprucht wohl kaum eine selbständige Bedeutung zu haben. Das O.V.G. meint: die Abweisung eines neuen Antrags wegen Rechtskraft eines früheren abweisenden Urteils sei in Widerspruch mit der Gewerbeordnung, welche nur aus gewissen sachlichen Gründen die Abweisung gestattet. — LOENING hält entgegen: wegen der Rechtskraft sei das eben keine neue Abweisung. Ganz richtig. Das O.V.G. nimmt nur an, dass ein solches Urteil keine Rechtskraft habe. Dann ist Abweisung mit Berufung darauf eben doch eine neue Abweisung. Das bringt uns also nicht vorwärts.

Schliesslich kommt noch ein positiver Beweis, der für die Rechtskraft eines solchen Urteils gezogen werden soll aus § 100 des Preussischen L.V.G.; S. 79 heisst es wörtlich: „Hiernach

---

„Dem entspricht es, dass nach § 53 der Gewerbeordnung gewerbliche Genehmigungen und Bestallungen nur wegen Handlungen und Unterlassungen des Inhabers zurückgenommen werden können, welche der Zeit nach der Genehmigung oder Bestallung angehören". Das entspricht nicht, sondern ist etwas ganz anderes.

(nach dem § 100) ist die Klage um Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein rechtskräftig gewordenes Endurteil gegeben, wenn die Partei ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird und sie ohne ihr Verschulden ausser Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen. Wird also nachdem die Klage auf Konzessionserteilung durch rechtskräftig gewordenes Urteil zurückgewiesen ist, dieselbe Klage ohne Veränderung der rechtlich erheblichen Verhältnisse von neuem erhoben und daraufhin die Konzession durch ein zweites Urteil erteilt, so kann jederzeit ein von dem Vorsitzenden des Kreisausschusses zu ernennender Kommissar, der die Rolle des Klägers im Wiederaufnahmeverfahren zu übernehmen hat (§ 74 Abs. 3 L.V.G.), die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens anstellen, sofern die Voraussetzung des § 582 (545) der Zivilprozessordnung vorhanden ist. Tatsächlich wird dies allerdings kaum vorkommen können. Diese tatsächliche Unmöglichkeit ist aber rechtlich unerheblich, denn der Rechtssatz setzt den anderen Rechtssatz als gültig voraus, dass ein Urteil in der Sache nicht erlassen werden darf, wenn in derselben Sache schon ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Der Richter verletzt das Recht, der in der Sache noch einmal ein Urteil erlässt, dem der Restitutionsgrund der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensteht.“ Der Sinn dieser Sätze, oder ich täusche mich sehr, ist kurz der: wenn das gesuchabweisende Urteil materiell rechtskräftig ist, so unterliegt nach § 100 L.V.G. das zweite Urteil, welches ohne Berücksichtigung dieser Rechtskraft ergeht, dem Wiederaufnahmeverfahren; also muss das gesuchabweisende Urteil materiell rechtskräftig sein. Ich vermag mit aller Mühe nichts anderes herauszulesen. Es fehlt freilich, wie wir alsbald sehen werden, nie an Leuten, auf die auch solche Beweisführungen Eindruck machen.

VI.

Die Unfehlbarkeit des Gerichts, Zivil-Gerichts oder Verwaltungs-Gerichts, und damit die absolute Rechtskraft seines obrigkeitlichen Spruches wird nur dann gefordert, wenn eine solche Behörde in dem ihr eigentümlichen Verfahren einen eigentlichen Rechtsprechungsakt, eine Feststellung mit Zubehör, eine Entscheidung erlassen hat. Wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, also bei Verfügungen in Urteilsform, fällt die absolute Rechtskraft fort und kann gegebenen Falles das Recht am Urteil, die relative Rechtskraft zu Tage treten.

Es gibt aber noch einen zweiten Grund, weshalb die Rechtskraft des Urteils der absoluten Bedeutung entbehren und folglich Raum lassen mag für das Wirksamwerden des Rechts am Urteil. Auch diese Schranke der absoluten Rechtskraft ergibt sich wieder aus dem Zwecke der Einrichtung. Sie soll die Justiz davor schützen, dass sie mit der Sache, über die sie schon einmal gesprochen, abermals behelligt und in Anspruch genommen werde; darum lässt sie die Zuständigkeit der Gerichte in diesem einen, formell rechtskräftig gewordenen Spruche sich erschöpfen. Ausserhalb der Gerichte und ihres streitigen Verfahrens besteht aber keine Amtsgewalt, um in „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ zu bestimmen, was Rechtens sein soll, also auch keine Möglichkeit zu ändern oder neu zu machen, weder für die Justiz selbst in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, noch für die Verwaltung, gleichviel ob einfache Verwaltungsbehörde oder Verwaltungsgericht. Also muss die gegebene Entscheidung unverrückt aufrecht erhalten und ihre Anordnung von der ganzen vollziehenden Gewalt beachtet und vollzogen werden. Nun besteht aber allerdings neben dem geordneten Gang der Justiz doch noch eine Einrichtung zur Erledigung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und zwar der nämlichen Sachen, welche auch der Justiz gehören. Das ist das von den Parteien jeweils besonders geschaffene Schiedsgericht. Sein Spruch über die ihm anvertraute Sache ist nach

Erfüllung der Formen endgültig, bindend und vollstreckbar wie das echte Urteil. Für diese Schiedsgerichte ist jedoch der Satz ne bis in idem nicht gegeben. Der Staat hat kein Bedürfnis, den willigen Schiedsrichter vor nochmaliger Behelligung zu schützen oder dem neugewählten, der sich der Mühe unterziehen will, noch einmal zu machen, was der erste nicht zur Zufriedenheit der Parteien gemacht hat, solches zu verbieten. Ebensowenig werden die Gerichte sich weigern können, eine durch Schiedsspruch erledigte Sache, wenn die Parteien sich nun doch noch an sie wenden, ihrerseits nochmals zu entscheiden [76]: einmalige Behelligung muss die Justiz sich für jeden Rechtsstreit gefallen lassen. Es muss aber auch umgekehrt ebenso sein. Der Schiedsrichter hat nicht die Machtgrenze der ordentlichen Gerichte; er darf auch eine neue Entscheidung übernehmen in einer Sache, in der das Gericht schon endgültig gesprochen hatte; und das Gericht hat seinen also gegebenen Schiedsspruch zu achten, auch wenn er darauf hinausläuft, das rechtskräftige Urteil zu beseitigen oder zu ändern. Dem Zweck der absoluten Rechtskraft ist auch hier genügt dadurch, dass die Justiz nicht zum zweiten Mal zur Entscheidung in Anspruch genommen wird. Hinzunehmen, was die Parteien sich auf andere Weise haben feststellen lassen, ist ihr nicht verboten.

In all diesen Fällen ist selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Beteiligten zustimmen. Denn nur die absolute Rechtskraft gilt hier nicht, das Recht der Partei am Schiedsspruch, den sie erwirkt hat, besteht auch in diesem Verhältnis gerade so wie das Recht an ihrem Urteil. Soll gegenüber einem früheren Schiedsspruch oder einem Urteil ein neuer Schiedsspruch herbeigeführt werden, so ist die Einigung der Beteiligten ohnehin erforderlich, um das Schiedsgericht zu bestellen. Wenn dagegen etwa der im Schiedsverfahren unterlegene Kläger sich nun mit derselben Sache an die ordentlichen Gerichte wendet, so kann er das natürlich

[76] In diesem Sinne: WACH, Handbuch I S. 75.

ohne vorgängige Vereinbarung; aber das Recht am Schiedsspruch würde hier darin sich erweisen, dass ohne die Zustimmung des Beklagten das Gericht mit der schiedsrichterlich erledigten Sache sich nicht noch einmal befassen dürfte; es würde sonst, nicht zwar die öffentlichrechtlichen Grenzen seiner Amtsgewalt verletzen, wohl aber das erworbene Recht des Verklagten, nicht nochmals Rede stehen zu müssen. Relative Rechtskraft!

Immerhin ist der Schiedsspruch und sein Verhältnis zur Rechtskraft in der Justiz eine vereinzelte ausserordentliche Erscheinung. In der Verwaltung dagegen liegen die Sachen ganz anders. Hier ist nicht, wie in der Justiz, das Urteil der Kern und Mittelpunkt von allem, auf den alles hinstrebt oder von dem es ausgeht, und der hoheitliche Akt, der nichts Gleichwertiges neben sich duldet. Im Gegenteil, die ordentliche Form, in welcher die Obrigkeit hier dem Untertanen bestimmt, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll, das ist der einfache Verwaltungsakt; nur in dem Masse, als das Gesetz es besonders vorgesehen hat, tritt neben ihn der in Form der Rechtspflege erlassene Verwaltungsakt, das verwaltungsgerichtliche Urteil. Die umfassenden Zuständigkeiten der ordentlichen Verwaltungsbehörden, Behörden der allgemeinen Landesverwaltung oder wie sie heissen, begreifen im Zweifel die nämlichen Sachen in sich, für welche auch Verwaltungsgerichte bestellt sind. Die letzteren allerdings pflegen so geordnet zu sein, dass sie einen Fall entweder von vornherein bis zu Ende übernehmen oder dass der Weg von den Verwaltungsbehörden aus an sie geht, damit sie das letzte Wort haben; immer ist mit der formellen Rechtskraft ihres Urteils der einzelne Fall erledigt. Aber dieselbe Frage, eadem res, kann aus irgend einem Anlass von neuem in die Hände der ordentlichen Verwaltungsbehörde gelangen, um darin eine neue Anordnung zu treffen oder gegenüber neuen Bedürfnissen daraus Folgerungen zu ziehen, von Amts wegen oder auf Gesuch eines Beteiligten. Inwiefern ist sie dabei an den ergangenen Spruch

des Verwaltungsgerichts gebunden? Wieder werden wir sagen müssen:. im Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichten und einfachen Verwaltungsbehörden gilt der Satz ne bis in idem nicht. Der Zweck, der diesen Satz erzeugte, ist hier nicht in Frage: die Verwaltungsgerichte allerdings sollen nicht unmittelbar wieder befasst werden dürfen mit einer Sache, die sie schon einmal entschieden haben, sie sollen vor abermaliger „Behelligung" geschützt sein, wie die Zivilgerichte [77]. Aber dass die Verwaltungsbehörde sich dazu hergebe, nochmals zu prüfen, was an sich zu ihrer Zuständigkeit gehört, ist dadurch nicht verboten, oder, anders ausgedrückt: ihre Amtsgewalt ist nicht dadurch verbraucht, dass die Verwaltungsjustiz mit der Sache zu Ende gekommen ist.

Also müsste die Verwaltungsbehörde in der Lage sein, eine vom Verwaltungsgericht abgeurteilte Sache bei späterer Gelegenheit anders auffassen und behandeln zu können. Und das gilt, wohlverstanden, nicht bloss gegenüber Verfügungen in Urteilsform, sondern auch gegenüber richterlichen Entscheidungen. Denn der Grund, der die absolute Rechtskraft hier ausschliesst, liegt nicht im Gegenstand und Inhalt der Rechtspflege, sondern im Verhältnis der beteiligten Behörden [78].

Dieses Ergebnis wird sofort auf lebhaften Widerspruch stossen. Und zwar können wir zweierlei Gründe dagegen angeführt erwarten, einen irrigen und einen richtigen.

---

[77] So wollen wir wenigstens annehmen; vgl. oben IV in fine. Ganz unbedenklich ist die Uebertragung der Grundsätze der absoluten Rechtskraft auf die Verwaltungsgerichte ja nicht. Grade das hier geschilderte Verhältnis zu den Verwaltungsbehörden mag die Zweifel rechtfertigen.

[78] Halbey, Gemeindeverf. und Verw.-R. S. 381 bringt diesen Gedanken ganz deutlich zum Ausdruck. Er handelt von der mangelnden Rechtskraft bei polizeilichen Verfügungen, insbesondere bei richterlicher Abweisung von Gastwirtschaftsgesuchen, und begründet diese Erscheinung so: „Da über diesen Antrag (den neuen Antrag auf Genehmigung) nicht etwa sofort wieder ein neues Verwaltungsstreitverfahren eintritt, so kann der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache dem Antrage gegenüber überhaupt nicht in Frage kommen."

Der irrige ist der, welcher einfach mit dem Gefühle arbeitet: so dürfe man doch mit einem richterlichen Urteile nicht umspringen. Damit macht man aber nur eine unwillkürliche Uebertragung der Anschauungen, die im Zivilprozess gelten; dort allerdings hat das gerichtliche Urteil nichts Gleichartiges neben sich, hier aber wohl. Deshalb müssten wir hier fragen: warum soll die Verwaltungsbehörde gebunden sein? Von selbst versteht sich das nicht und die absolute Rechtskraft ist, wie wir sahen, unanwendbar.

Aber der zweite Grund schlägt durch. Wenn die absolute Rechtskraft ihrer Natur nach für die Verwaltungsbehörde nicht gilt, so ist damit nicht gesagt, dass das Urteil für sie ganz so frei veränderlich ist, wie ein gewöhnlicher Verwaltungsakt, den sie ausserhalb eines Prozessverfahrens erlassen hat. Das Recht der Partei, welches in diesem Verfahren zur Geltung kommt, hat notwendig auch das Urteil erfasst und bindet den darin niedergelegten Ausspruch dessen, was Rechtens sein soll, als unantastbar gegenüber der ganzen vollziehenden Gewalt, gegenüber den Verwaltungsbehörden so gut, wie gegenüber den Gerichten. Ist die Verwaltungsbehörde an sich zuständig, in der Sache neu und anders zu bestimmen, so würde sie doch das Recht der Partei verletzen, zu deren Gunsten das Urteil ergangen ist, wenn sie von dieser Zuständigkeit zu deren Nachteil Gebrauch machte. Mit andern Worten: hier ist wieder ein Fall, wo die relative Rechtskraft zutage treten muss. Diese ist aber ihrer Natur nach verzichtbar. Die praktische Bedeutung der erkannten Rechtslage kommt also in dem Satze zum Ausdruck, dass die Verwaltungsbehörden von dem, was das verwaltungsgerichtliche Urteil bestimmt hat, nur abweichen dürfen mit Zustimmung der Partei, die das Urteil erwirkt hat.

Practica est multiplex, das gilt von der Verwaltung vor allem. Zum Unterschied von der strengen und etwas förmlichen Frau Justitia muss die Verwaltung sich dem Reichtum des Lebens,

dem sie gegenübersteht, freier und leichter anschmiegen können. Es ist nicht schwer, sich vorzustellen, wie es im Einzelfalle den Interessen aller Beteiligten besser entsprechen kann, wenn eine Massregel getroffen wird, die abweicht von dem, was formell bindend durch das Urteil bestimmt war. Warum soll das nicht zulässig sein, hier, wo weder ein Prinzip verletzt ist, noch, angesichts der Zustimmung des Berechtigten, ein erworbenes Recht?

Die Verwaltungsbehörden werden sich schwerlich gescheut haben, schon immer in diesem Sinne zu handeln. Besser ist es natürlich, wenn der Staat durch eine klare Vorschrift das ausdrücklich gut heisst. Es ist das Verdienst des sächsischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 in seinem § 61 dem vernünftigen Recht zum vollen Ausdruck verholfen zu haben. Die Bestimmung lautet:

„Das rechtskräftige Urteil bindet für den Streitgegenstand ausser den Parteien sowohl die Verwaltungsgerichte als auch die Verwaltungsbehörden und zwar diese mit der Wirkung, dass sie gegen den Willen der Parteien nichts verfügen können, was davon abweicht".

„Diese", das sind die Verwaltungsbehörden[79]. Im Gegensatz zu ihnen ist also das Verwaltungsgericht an seine eignen Urteile und an die der andern Verwaltungsgerichte schlechthin gebunden, ohne die Möglichkeit, durch Zustimmung der Partei entbunden zu werden. Mit anderen Worten: zwischen den Verwaltungsgerichten gilt absolute Rechtskraft.

Wir haben vorhin unter V noch einen anderen Fall aufgewiesen, wo in Verwaltungssachen laut Zeugnis des preussischen Oberverwaltungsgerichts absolute Rechtskraft nicht besteht und folgerichtig die relative Rechtskraft zum Vorschein kommen kann: den der Verfügung in Urteilsform. Das Sächsische Gesetz scheint diesen anderen Fall nicht zu berücksichtigen; sonst müsste es für

[79] Nach den Motiven des Gesetzes ist kein Zweifel möglich, dass nur sie gemeint sind: APELT, Komment. zum Ges. über die V.-R.-Pfl. S. 67.

diesen die Möglichkeit offen lassen, dass mit Zustimmung der Partei auch Verwaltungsgerichte von einem formell rechtskräftigen Urteil abweichen können. Allein wie die Sache für den sächsischen Gesetzgeber liegt, ist darin für ihn keine Lücke gegeben. Denn nach der Abgrenzung der Verwaltungsstreitsachen, wie er sie getroffen hat, sind tatsächlich nur Entscheidungen dazu verwiesen [80]. Verfügungen in Urteilsform gibt es nach sächsischem Rechte nicht. Also war für ihr besonderes Verhalten gegenüber der Rechtskraft nichts vorzusehen.

Aber soweit das Recht am Urteil mit der daranhängenden relativen Rechtskraft für seine Ordnung der Verwaltungsrechtspflege überhaupt in Betracht kommen kann, hat es der sächsische Gesetzgeber förmlich anerkannt, indem er die markanteste und entscheidendste praktische Schlussfolgerung daraus sanktionierte.

Das sächsische Gesetz stellt die jüngste Ordnung vor, welche die Verwaltungsrechtspflege in Deutschland gefunden hat. Es ist das erste, das zu dem Problem der Rechtskraft in Verwaltungssachen mit vollem Bewusstsein und in voller Absichtlichkeit Stellung nimmt. Es tut das, nachdem die Lehre von dem Recht am Urteil literarisch bekämpft worden war, mit wenig sachlichen Gründen zwar, aber mit desto mehr Eifer und jedenfalls mit einem gewissen Aufsehen. Das muss die Bedeutung der hier ergangenen Entscheidung wesentlich erhöhen. —

Minder wichtig, aber doch recht bezeichnend für die Sachlage ist ein anderes Zeugnis für die relative Rechtskraft, welches gelegentlich des 26. Deutschen Juristentages abgelegt worden ist. Das ist, wie mir scheint, nicht mit klarem Bewusstsein geschehen, aber gerade das macht es so beweiskräftig: das Recht am Urteil liegt in der Luft und drängt sich auch Widerwilligen auf.

Bernatzik nämlich in seinem Gutachten hat mich zunächst, wie schon früher erwähnt, sehr hart angelassen wegen meiner

[80] Sächs. Ges. v. 19. Juli 1900 § 21, § 76.

grossen Verkehrtheit, an ein Recht am Urteil zu denken (S. 37). Am Schlusse aber (S. 51) tritt er dann mit einem „Gesetzesvorschlag“ hervor, der die Rechtskraft in der Verwaltung nach seinem Sinne ordnen soll, — er ist freilich vom Juristentage nicht mit derjenigen Dankbarkeit begrüsst worden, die einem wohlmeinenden Legislator zu gönnen wäre. Nun denn, in diesem Vorschlag wird im § 1 auch einmal der Versuch gemacht, die Wirkung von endgültigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, d. h. die Rechtskraft genauer zu bestimmen. Sie besteht darin, dass nicht bloss die Parteien, sondern auch die Behörden an die Entscheidung gebunden sind „und zwar die Behörden dergestalt, dass sie gegen den Willen der Parteien nichts Abweichendes beschliessen können“. — Gegen den Willen! also mit Zustimmung der Parteien können sie es wohl. Ja, wie ist mir denn? Ist das nicht der Wortlaut des sächsischen Gesetzes? Ist das nicht die relative Rechtskraft und das Recht der Partei am Urteil? Schade dass BERNATZIK nicht schon auf S. 37 seines Gutachtens zu dieser Erkenntnis gekommen ist. Es wäre mir dann vielleicht manches harte Wort erspart geblieben. —

Vielleicht auch nicht. Es möge gestattet sein, doch noch mit einem Wort auf die Eigenart dieser gelegentlich des 26. Deutschen Juristentages gegen mich erhobenen Polemik hinzuweisen. Wenn der Gutachter BERNATZIK mich ziemlich übel mitgenommen hatte, so war es damit noch nicht fertig. Denn jetzt kam erst noch der Referent SEIDLER und wiederholte die Lektion. Zunächst wirft er mir ein paar Ausdrücke hin, die BERNATZIK einfach parallel laufen. Sagt dieser: „unbegreiflich“ und „sonderbarer Irrweg“, so sagt er: „es muss wundernehmen“ und „man muss nur staunen“ (Verhandlungen S. 387). Sodann erklärt er mich für einen toten Mann: „Man braucht wohl gegen diese Konstruktion, die nichts ist als eine Begriffsspielerei, keine weitere Polemik zu führen“. Dass ich aus dieser reinen Begriffsspielerei auch noch „ernste Konsequenzen“ zu ziehen suche, rechnet er

mir als erschwerenden Umstand an. Bei unbefangener Beurteilung würde er sich wohl gesagt haben, dass man von reiner Begriffsspielerei nicht mehr reden darf, wo einer ernste Konsequenzen aus seinen Begriffen zu ziehen sucht. Wenn man dann diese Konsequenzen anerkannt sieht von Autoritäten wie das preussische Oberverwaltungsgericht, der sächsische Gesetzgeber und BERNATZIK, so wäre es vielleicht angezeigt, sich die Sache selbst einmal einigermassen zu überlegen. Aber an der Unbefangenheit hat es hier offenbar gefehlt.

Ganz ohne alle Begründung lassen allerdings meine beiden Gegner ihre Stellungnahme doch nicht: sie berufen sich übereinstimmend auf LOENINGs oft erwähnte Abhandlung. BERNATZIK S. 37 höhnt: „LOENING hat ihn bereits im Verw.-Archiv VII S. 12 so schlagend widerlegt, dass es wirklich schade wäre, dem dort Gesagten noch etwas beizufügen". SEIDLER aber hatte zunächst zwar unterlassen, sich auch dieser Beifallsbezeugung wieder anzuschliessen, da er es für überflüssig erklärte, mich überhaupt einer Entgegnung zu würdigen. Am Schlusse seines Referats widmet er mir gleichwohl geschwind noch eine ganz unzutreffende Bemerkung, auf die wir hier nicht eingehen, und fügt bei: „Im übrigen berufe ich mich auf LOENING, der diese Theorie MAYERs gründlich widerlegt und dieselbe als willkürlich, ohne jeden Boden im positiven Rechte bezeichnet hat"[81]. Wir haben uns ja mit LOENINGs Angriff jetzt ausreichend beschäftigt, und ich denke, man wird nicht den Eindruck haben, dass für diese einhellige Begeisterung allzuviel sachlicher Grund ist. Wohl verstehe ich recht gut, dass hier ein gewisses persönliches Bedürfnis besteht, mich von irgend einem anderen einmal recht gründlich widerlegt zu sehen. Aber es scheint mir doch im Interesse der

---

[81] Dass TEZNER nicht unterlässt, diese Widerlegung zu begrüssen (Deutsche Theorien der V.-R.-Pflege S. 161 Note 52 in Verbindung mit S. 162), versteht sich von selbst; doch ist er dabei verhältnismässig massvoll, ich weiss nicht warum.

Sache zu sein, dass sich nicht eine Legende bildet von der grossen Widerlegung, die LOENING bereits an mir verübt hätte. Das hat mir die Feder in die Hand gedrückt zu diesen — wie man begreiflich finden wird — möglichst deutlichen Auseinandersetzungen. Der Hauptpunkt — und der einzige, um den ich streite, — das Recht am Urteil ist nicht widerlegt und ich glaube auch nicht, dass man ohne diese Idee zu einer befriedigenden Lösung des Problems der Rechtskraft gelangen wird. Eine absolute Rechtskraft mag man daneben noch annehmen oder nicht.

Die Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsass-Lothringen.

Von

Staatsanwalt KEETMAN, Strassburg i. E.

Einleitung.

Vererbung und Anpassung, die beiden Kräfte, deren Zusammenwirken die Entwicklung eines jeden Lebens in der Natur bedingt, beherrschen auch die Rechtsordnung. Wie sich das Aussehen eines Einzelwesens bestimmen lässt, wenn bekannt ist, wie seine Ahnen geartet waren, und welchen neuen, diesen unbekannten Einwirkungen der Nachkomme ausgesetzt war, so ergibt sich auch die Rechtsordnung einer bestimmten Zeit aus dem überkommenen Rechte und den Bedürfnissen, welche im Umlaufe der Jahre neu aufgetreten sind. Aber eine Einschränkung ist nötig. In unsern geordneten Zeiten passt sich das ererbte Recht nicht immer sogleich den neuen Bedürfnissen an. Es vergeht immer einige Zeit, bis erkannt ist, dass das überkommene Recht nicht mehr den veränderten Verhältnissen entspricht, bis diese Erkenntnis zum Entschlusse der Aenderung, dieser Entschluss zur Tat gediehen ist. Und der Entschluss der Aenderung, der nach natürlichen Gesetzen der Erkenntnis, dass das alte Recht der neuen Zeit nicht gemäss ist, auf dem Fusse folgen sollte, wird oft zögernd und widerwillig gefasst, und die Ehrfurcht, welche dem Rechte

der Voreltern entgegengebracht wird, führt zur Rückständigkeit. So erklärt es sich, dass wer die Grenzen erforschen will, welche in Elsass-Lothringen die Aufgaben von Justiz und Verwaltung bestimmen, auch die alten Karten aufschlagen muss. Er muss auf die Zeiten des ancien régime zurückgehen und feststellen, wie damals die Grenzen liefen. Die grossen staatlichen Umwälzungen, der Uebergang der Staatsgewalt über Elsass-Lothringen auf einen andern Träger, die Abänderungen des bürgerlichen Rechts und des Prozessrechts sind allerdings nicht ohne Einfluss auf den Lauf der Grenzen gewesen. Aber die Karte aus den alten Zeiten französischer Herrlichkeit ist doch die beste: sie ist zwar nicht mehr ganz genau, ist aber um so übersichtlicher, da sie das Wesentliche, welches immer noch gilt, in grossen Zügen angibt.

Aber — wird man einwerfen — zur Zeit des ancien régime gab es ja gar keine festen Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung. Es herrschte doch die Willkür des Königs, der die Staatstätigkeit nach freiem Belieben zwischen Justiz und Verwaltung verteilte, und eine Festlegung der Grenzen ist erst nach Beendigung der Grossen Revolution erfolgt.

Dies ist zwar richtig, doch ist zu bedenken, dass für die Vermarkung der Grenzen der alte Besitzstand massgebend war, und nur zum Gesetze erhoben wurde, was stetige Uebung des Königtums gewesen war. Denn eine feste Uebung, die notwendige Folge der Arbeitsteilung, bildet sich auch bei der willkürlichsten Leitung eines grossen Staates.

Bei der Verteilung der Geschäfte zwischen Justiz und Verwaltung hatte das Königtum nach seinen Bedürfnissen und Interessen gehandelt. Diese hatten darin bestanden, „toutes les affaires qui se trouvent lieés avec l'administration“ der Rechtsprechung der Gerichte zu entziehen. Unter dem ancien régime war dies erklärlich, da die Parlamente, auf deren Besetzung der König infolge der Käuflichkeit der Stellen keinen Einfluss hatte, eine Macht darstellten, welche dem Königtume oft feindlich entgegen-

getreten war. Nach Niederwerfung der Grossen Revolution hatten sich die Verhältnisse aber geändert: die Richter waren durch das Stellenbesetzungsrecht des Kaisers von dem Staatsoberhaupte abhängig geworden, und den Gerichten war ihre frühere politische Bedeutung genommen. Jetzt hätte daher der Uebertragung der den Staat betreffenden Rechtsstreitigkeiten auf die ordentlichen Gerichte nichts mehr entgegengestanden. Aber erhalten hatte sich aus der alten Zeit das Misstrauen der Verwaltung gegen die Gerichte, und deshalb blieb Alles im wesentlichen beim Alten.

Und doch war das Alte vergangen und Alles neu geworden.

Zunächst war an Stelle der früheren Willkür eine feste Regel getreten. Der König war befugt gewesen, von der hergebrachten Uebung, von den Leitsätzen, die er selbst für die Verteilung der Geschäfte gegeben, jederzeit abzuweichen, ohne ein Unrecht zu begehen. Wie er von den Banden eines Vertrags lösen konnte [1], so konnte er auch einem Edelmanne die unangenehme Pflicht erlassen, von den Richtern, mit denen er sich überworfen hatte, Recht nehmen zu müssen, und seinen Rechtsstreit einem Sondergerichte zur Entscheidung übertragen [2]. Damit war es für immer vorbei. Das Interesse des Staats war bei der Vermarkung der Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung zum Ausdrucke gekommen, war aber, nachdem die Gebiete verteilt worden waren, nicht mehr im Stande, eine Gebietsüberschreitung zu rechtfertigen.

Die Rechtsordnung verdrängte die Willkür aber nicht nur bei der Verteilung der Zuständigkeiten, sondern hielt auch ihren Einzug in das eigene Gebiet der Verwaltung. Zur Zeit des ancien régime hatte die Verwaltung die Rechtsprechung der Gerichte aus dem Grunde gescheut, weil diese sich nicht von Rücksichten auf die Regierung leiten liessen, und hatte besondere Verwaltungsgerichte geschaffen, von welchen erwartet wurde, dass sie von der

[1] Molière, Tartuffe Akt 5 Sc. 7.

[2] Tocqueville, L'ancien régime et la révolution 2. Aufl. (1856) S. 106—108. Dareste, la justice administrative S. 516.



Beobachtung der Gesetze, an welche die Gerichte gebunden waren, „dans un but utile“ Abstand nähmen [3]. Grund der Vertreibung der Justiz aus den Verwaltungsstreitsachen war sonach der Wunsch der Regierung gewesen, in diesen Sachen eine Entscheidung nach Zweckmässigkeitsgründen statt nach Rechtsgründen zu erhalten. Aber bei einer langen Folge von Entscheidungen, welche nach Zweckmässigkeitsgründen ergehen, bildet sich eine bestimmte Uebung, und aus dieser eine opinio iuris; diese wird zur Rechtsordnung, allerdings einer von dem allgemeinen bürgerlichen Rechte verschiedenen Rechtsordnung des Verwaltungsrechts. Das ancien régime hinterliess der neuen Zeit als Vermächtnis seine grossartige Auffassung vom Staate und als deren Folge ein festgegliedertes Verwaltungsrecht, welches für die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte verbindlich war. Es war daher nicht mehr der Wunsch, in Verwaltungssachen eine Entscheidung nach Zweckmässigkeitsgründen statt nach Rechtsgründen zu erhalten, welcher den Staat veranlasste, die Verwaltungssachen den ordentlichen Gerichten zu entziehen, sondern der Wunsch, dass der Entscheidung nicht das bürgerliche Recht, sondern das besondere Verwaltungsrecht zu Grunde gelegt werde.

Justiz und Verwaltung waren daher der Zuständigkeit und dem anzuwendenden Rechte nach durch feste Schranken geschieden. Es drängt sich die Frage auf, ob dadurch das von Montesquieu ersehnte Ziel erreicht, ob Justiz und Verwaltung zu zwei besonderen Gewalten geworden sind.

Montesquieu hatte zu einer Zeit, als noch die ganze Gewalt des französischen Staats in einer Hand vereinigt war (1748), mit der Begründung, dass „tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser“, im Interesse der Freiheit, die seinem Lande fehlte, die Forderung gestellt, dass die Gewalten getrennt werden müssten, damit le pouvoir arrète le pouvoir [4].

---

[3] Tocquevlle, a. a. O. S. 105 (Buch 2 Kap. 4).

[4] Esprit des lois Buch 11 Kap. 4, Buch 5 Kap. 14 a. E. il faut combiner

Diesem Verlangen nach einer Trennung der Gewalten hatte die Nationalversammlung in einer Weise Rechnung getragen, die MONTESQUIEU niemals gebilligt haben würde. Sie hatte nur die eine Seite seiner Lehre begriffen, die Trennung, und hatte übersehen, dass MONTESQUIEU gleichzeitig lehrt, die Gewalten müssten in Wechselbeziehungen zu einander stehen, wenn ein freiheitliches Staatsleben möglich sein solle [5].

Indem die Nationalversammlung den König von einer Einwirkung auf Gesetzgebung und Justiz ausschloss und allein auf die Leitung der Verwaltung beschränkte, beging sie einen schweren Fehler, der sich blutig rächen sollte. Als nach Beendigung der Revolution die Verfassung neu geregelt wurde, kam es namentlich darauf an, diesen Fehler zu vermeiden. Das Staatsoberhaupt liess sich daher ausser der Regierung und Verwaltung Anteilnahme an der Gesetzgebung und — durch das Recht der Richterernennung — Mitwirkung bei Ausübung der Justiz übertragen. Jetzt war es nicht, wie zur Zeit der Nationalversammlung, eine den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr entsprechende geschichtliche Erinnerung, dass der Richter im Namen des Staatsoberhauptes Recht sprach, sondern eine staatsrechtliche Wahrheit. Seither führt der Richter seinen Auftrag wie der Verwaltungsbeamte auf das Staatsoberhaupt zurück. Da Justiz und Verwaltung in dieselbe Spitze auslaufen, denselben Träger haben, kann keine der beiden als besondere Gewalt angesehen werden. Die neuere Rechtslehre nimmt daher, soweit es sich um die Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung handelt, nicht eine séparation des pouvoirs, sondern eine séparation des autorités an. Eine Trennung der Gewalten ist nur zwischen Gesetzgebung

---

les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir, donner pour ainsi dire un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre. Ebenso ALEXANDRE DE LAMETH in der Sitzung vom 26. August 1789: sans la séparation des pouvoirs il n'y a que despotisme.

[5] Séparer les pouvoirs sans les isoler.

und Exekutive vorhanden; was sich im Schosse der letzteren vollzieht, ist nur eine séparation des autorités. Justiz und Verwaltung sind keine besonderen Gewalten, sondern Zweige einer und derselben Gewalt, der Exekution, von deren Träger sie ihre Befugnisse ableiten, und zwar die Justiz zur selbständigen, Einwirkungen des Staatsoberhauptes entzogenen Ausübung, die Verwaltung in Unterordnung unter dessen Weisung. An Stelle des Grundsatzes der Trennung der Gewalten, welchen MONTESQUIEU lehrt, ist daher im Verhältnis zwischen Justiz und Verwaltung jetzt der Grundsatz der beiderseitigen Selbständigkeit und Unabhängigkeit getreten: jede Behörde hat ihr fest begrenztes Gebiet, in welches die andere einzugreifen nicht berechtigt ist.

Erster Teil.

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Justiz und Verwaltung in Frankreich am Ende des zweiten Kaiserreichs.

I.

Die grundlegenden Bestimmungen.

I. Die Selbständigkeit der Justiz erfordert:

1. dass das Staatsoberhaupt sich nicht weiter in ihre Ausübung einmischt, als ihm das Recht hierzu verfassungsmässig verliehen ist (Recht, die Richter zu ernennen, Begnadigungsrecht),

2. dass ihr Gebiet nicht durch Begründung von Ausnahmegerichten verkleinert wird,

3. dass die Verwaltungsbeamten nicht in ihr Gebiet übergreifen.

Diesen Forderungen wird durch folgende Bestimmungen genügt:

1. „le pouvoir judiciaire ne peut en aucun cas être exercé . . . . . . par le roi“ (art. 1 chap. V titre III der Konstitution von 1791).

Dieses war die grundlegende Bestimmung, durch welche der

Justiz Selbständigkeit verliehen wurde. Die weiteren Regeln sind nur Folgerungen dieses Grundsatzes.

2. „l'ordre constitutionel des juridictions ne pourra être troublé ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi" (titre II art. 17 Ges. v. 16. Aug. 1790). Eine Ausübung der Justiz würde es nämlich auch enthalten, wenn der König eine vor die ordentlichen Gerichte gehörige Sache an sich ziehen oder einem von ihm abhängigen Ausnahmegerichte übertragen könnte.

3. „les administrateurs ne pourront rien entreprendre sur l'ordre judiciaire" (art. 23 ch. IV titre III der Konstitution von 1791).

Dieser Satz war selbstverständlich, da Beschränkungen, welche dem Könige auferlegt waren, auch von den ihm untergeordneten Beamten beobachtet werden mussten. Er wurde dem Heere der Verwaltungsbeamten durch Strafandrohung besonders eingeschärft: Verwaltungsbeamte, welche sich anmassten, allgemeine Verfügungen zu erlassen, durch welche Gerichten ein bestimmtes Verhalten zugemutet wurde, sollten die dégradation civique [6] erleiden (art. 130 Code pénal); der Verwaltungsbeamte, welcher eine vor die Gerichte gehörende Privatstreitigkeit an sich zieht, soll einer Strafe von 16 bis 150 frcs. verfallen (art. 131 Code pénal).

II. Auf den ersten Blick sollte man annehmen, dass es ähnlicher Anordnungen nicht bedurft hätte, um das Gebiet der Verwaltung Uebergriffen der Justiz gegenüber zu sichern; denn ein Interesse der ordentlichen Gerichte, ihre Zuständigkeit auf Kosten der Verwaltung auszudehnen, lässt sich in unsern Tagen schwer begreifen. Aber hier mussten sich geschichtliche Erinnerungen

---

[6] An Stelle des Verlustes der staatsbürgerlichen Rechte ist nach Art. V E.G. z. Stgb. Gefängnis mit oder ohne Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte getreten.

geltend machen. Die alten Parlamente waren nicht nur staatliche Behörden, sondern auch politische Körperschaften gewesen, die eifrig bestrebt waren, ihren Einfluss auszudehnen, namentlich wenn sie dadurch die ihnen verhasste Verwaltung schädigen konnten. Sie hatten oft in die Führung der Verwaltung eingegriffen, sich Verwaltungshandlungen angemasst, Verwaltungsbeamte vor ihr Forum gestellt und waren gegen sie mit ihren Vollstreckungsbeamten vorgegangen. Wenn derartige Uebergriffe auch selten dauernden Erfolg hatten, da das Königtum seinen von den Parlamenten bedrohten Beamten stets zu Hilfe kam, so war doch eine Störung des staatlichen Lebens inzwischen erfolgt. Diesen Missständen sollte für immer gesteuert werden, und es erging daher die Bestimmung: „les fonctions judiciaires seront distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives“ (art. 13 titre II Ges. v. 16—24. August 1790).

Die Gerichte scheinen sich aber dieser Regel nicht immer gefügt zu haben, denn bereits am 16. fructidor III musste ein weiteres Gesetz bestimmen (Art. 13): „défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce ce soit, aux peines de droit.“

Die Strafandrohung, auf welche hier Bezug genommen wird, ist im Gesetze vom 16.—24. August 1790 (titre II art. 13) getroffen und im art. 127 Code pénal wiederholt. Die Strafe ist gleichfalls die dégradation civique für Richter und Staatsanwälte, „qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives“. Es soll ferner eine Geldstrafe von 16 bis 150 frcs. nach sich ziehen, wenn die Gerichte eine Entscheidung in einer Angelegenheit erlassen, von welcher die Verwaltung geltend gemacht hat, dass sie vor ihr Forum gehört (art. 128; besonderer Fall art. 129 Code pénal).

Es bedarf noch einer näheren Erläuterung, worin die den Gerichten verbotene Einmischung in die Verwaltung bestehen kann.

1. Zunächst dürfen die Gerichte keinen Verwaltungsakt vornehmen. Einen Verwaltungsakt stellt auch der Erlass einer allgemeinen Verordnung dar, und darum ist eine derartige Verfügung den Gerichten nicht nur auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts (art. 127 no. 2 Code pénal), sondern auch auf dem Gebiete der „causes qui leur seront soumises“ (art. 5 Code civil) ausdrücklich verboten.

2. Akte der Verwaltung haben den Gerichten gegenüber unbedingten Anspruch auf Anerkennung. Die Gerichte dürfen daher nicht einen Verwaltungsakt für ungültig erklären oder seine Ausführung verbieten (art. 127 no. 2 Code pénal). Sie dürfen auch nicht eine Entscheidung treffen, welche auf der Voraussetzung beruht, dass der Verwaltungsakt ungültig sei.

Nur in einem Falle gilt eine Ausnahme. Wenn es sich für ein Gericht darum handelt, an die Uebertretung einer Polizeiverordnung die gesetzliche Strafe des art. 471 no. 15 Code pénal zu knüpfen, hat es zu prüfen, ob die Verordnung gesetzmässig und von der zuständigen Behörde erlassen ist; wenn diese Bedingungen nicht erfüllt sind, darf das Gericht allerdings die Verordnung nicht für ungültig erklären, hat ihr aber den strafrechtlichen Schutz zu versagen.

3. „Déterminer le sens et la portée d'un acte peut équivaloir à annuler cet acte.“ Die Gerichte dürfen daher Verwaltungsakte nicht auslegen.

Diese Regel gilt aber nicht für allgemeine Verordnungen und nicht für actes de gestion, d. i. Handlungen des Staats, in welchen er sich auf das Gebiet des Privatrechts hinabbegeben hat. Sie findet nur Anwendung für actes d'autorité, in welchen ein Einzelfall unter Hervorkehrung der staatlichen Hoheit geregelt werden sollte. Entsteht in einem Zivilprozesse ein débat sérieux über die Bedeutung eines solchen, so hat das Gericht das Verfahren auszusetzen, bis die Auslegung durch die Behörde, welche den Akt erlassen hat, erfolgt ist.

II.

Die Verwaltungsrechtspflege.

I. Justiz und Verwaltung sind der Rechtsordnung untertan. Diese spielt aber der Justiz gegenüber eine andere Rolle als im Betriebe der Verwaltung.

Die Gerichte finden die Entscheidung, welche sie zu treffen haben, stets im Gesetze vorgeschrieben. Dies gilt auch dann, wenn dem Richter ein freier Spielraum bei seiner Entscheidung gelassen ist (§§ 315, 343 B.G.B., art. 1184[3], 1655 C. c.), und wenn er aus Billigkeit von der Beobachtung des strengen Rechts Abstand zu nehmen berechtigt ist (§ 829 B.G.B.). Denn auch dann spricht der Richter nur aus, was der wohlverstandene Wille des Gesetzes für diesen Fall und demnach Inhalt des subjektiven Rechts bereits war, und urteilt nicht nach Zweckmässigkeits-, sondern nach Rechtsgründen.

Die Verwaltung dagegen kennt neben Verfügungen, bei denen sie durch Gesetz oder ein zu berücksichtigendes Recht eines Privatmannes gebunden ist, Entschliessungen, welche in ihr freies Ermessen gestellt sind (actes de pure administration, actes du pouvoir discrétionaire). Ist der Verwaltungsakt von einer unzuständigen Behörde oder von der zuständigen Behörde unter Nichtbeobachtung der für das Verfahren vorgeschriebenen Form erlassen, so ist die Rechtsordnung in gleicher Weise verletzt, mag es sich um eine gebundene oder eine freie Entschliessung handeln. Dagegen kann, wenn die zuständige Behörde in der richtigen Form gehandelt hat, eine Verletzung der materiellen Rechtsordnung nur durch einen Verwaltungsakt erfolgen, dem durch die Gesetze ein bestimmter Weg gewiesen war; ein Akt des freien Ermessens kann zwar ein Interesse schädigen (intérêt froissé), nicht aber ein Recht verletzen (droit lésé).

Um Sicherheit dafür zu bieten, dass die Verwaltung sich in den Schranken der Rechtsordnung hält, ist eine besondere Ver-

waltungsrechtspflege eingerichtet. Ihre Anrufung ist möglich gebundenen Verwaltungsakten gegenüber, mag es sich um Ueberschreitung der Zuständigkeit und Verletzung der Form oder um Verletzung des materiellen Rechts handeln, dagegen freien Verwaltungsakten gegenüber nur, wenn behauptet wird, dass die Behörde, welche sie erlassen hat, nicht zuständig war oder die vorgeschriebene Form nicht beobachtet hat.

II. Für die Verwaltungsrechtspflege sind bestimmte Formen gegeben, welche einen geordneten Gang gewährleisten. Mit denselben Formen sind auch einige Verwaltungsakte ausgestattet, welche keine Rechtsprechung enthalten, z. B. die Auslegung von Verträgen und die nach reinen Zweckmässigkeitsgründen erfolgende Ermächtigung zur Prozessführung der Gemeinden [7], zur Verfolgung öffentlicher Beamten [8], zu der von der Gemeinde abgelehnten Aufforstung gemeindlicher Weideplätze [9]. Es soll durch die Formen der Verwaltungsrechtspflege eine besondere Gewähr für den geordneten Gang der Verwaltung gegeben werden.

III. Der von der Nationalversammlung beschlossenen strengen Dreiteilung der Gewalten hätte es wohl am meisten entsprochen, mit der Verwaltungsrechtspflege die ordentlichen Gerichte zu betrauen; denn sie war Rechtsprechung, und ihre Zuteilung an eine andere Behörde enthielt eine Beeinträchtigung der zur Rechtsprechung berufenen richterlichen Gewalt. Aber hier war die Erinnerung an die Vergangenheit doch stärker als die doktrinären Erwägungen, denen die Nationalversammlung sonst so viel Platz eingeräumt hatte. Sie erinnerte sich daran, dass die Parlamente oft in den ruhigen Gang der Verwaltung eingegriffen hatten, dass ein ewiger Streit über die Zuständigkeit zwischen Parlamenten und Intendanten geherrscht und dass das Unrecht nicht immer auf Seiten der Verwaltung gewesen war. Eine Wiederkehr der-

[7] Art. 4 no. 6 Ges. v. 28 pluviose VIII.
[8] Art. 75 Verfassung v. 22 frimaire VIII.
[9] Art. 90 al. 2 Code forestier.

artiger, das Staatswesen zersetzender Zustände sollte unmöglich gemacht werden. Die Nationalversammlung wollte sich auch die Ueberwachung der Verwaltung, welche mit der Verwaltungsrechtspflege verknüpft war, nicht von den Gerichten nehmen lassen, und die von ihr eingesetzten, aus Wahlen hervorgegangenen Gerichte wären zu schwach gewesen, um eine unparteiische Verwaltungsrechtspflege zu handhaben.

Das Nächstliegende wäre nun gewesen, mit der Verwaltungsrechtspflege, mit welcher man die ordentlichen Gerichte nicht betrauen wollte, besondere Verwaltungsgerichte auszustatten. Ein dahin gehender Vorschlag scheiterte aber an der Kostenfrage: „c'est couvrir la France de juges, c'est accabler le peuple de frais".

Es blieb nur die dritte Möglichkeit, der Verwaltung selbst die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu übertragen, und dies geschah durch Gesetz vom 7. September 1790.

Napoleon beliess der Verwaltung die Verwaltungsrechtsprechung. Die Behörden, denen er sie zuwies, entnahm er teils dem alten Rechte, teils dem Revolutionsrechte. Zum ordentlichen Verwaltungsrichter erster Instanz bestellte er wie das alte Königtum den Minister, die Rechtsprechung in zweiter Instanz übertrug er dem gleichfalls dem ancien régime entnommenen Staatsrate. Durch besondere gesetzliche Vorschrift (namentlich durch das Gesetz vom 28 pluviose VIII) wurden bestimmt bezeichnete Verwaltungsstreitsachen in erster Instanz dem Minister, zu dessen Zuständigkeit sie eigentlich gehörten, entzogen und Präfekturräten übertragen, deren Vorbild die von der Nationalversammlung geschaffenen Departementsdirektorien waren.

IV. Seitdem eine besondere Verwaltungsrechtspflege eingerichtet ist, wird behauptet, dass im Schosse der vollziehenden Gewalt drei selbständige autorités vorhanden seien, da zu Justiz und Verwaltung als dritte, selbständige autorité die Verwaltungsgerichtsbarkeit hinzugetreten sei.

Keiner näheren Erörterung bedarf es, dass die von dem Mi-

nister geübte Verwaltungsrechtsprechung reine Verwaltung ist: der Minister ist Leiter der ganzen Verwaltung und kann diese Eigenschaft nicht von sich abstreifen, wenn er Recht spricht. Aber Präfekturrat und Staatsrat haben in ihrer äusseren Beschaffenheit und in den Formen, mit denen sie ihre Rechtsprechung umkleiden, grosse Aehnlichkeit mit den Gerichten, und es erhebt sich die Frage, ob durch diese beiden Behörden die Verwaltungsrechtspflege so vollständig aus der Verwaltung herausgehoben wird, dass sie aus ihr ausscheidet.

Der Präfekturrat wird aus Beamten, welche der Verwaltung angehören, gebildet; dem Präfekten steht der Vorsitz und eine Stimme zu, welche bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt. Daher ist der Präfekturrat oft in die Lage gesetzt, über Verwaltungsakte entscheiden zu müssen, welche von seinem Vorsitzenden oder unter dessen Verantwortung von einem seiner Mitglieder erlassen worden sind. Dass es ihm schwer werden muss, einen derartigen Verwaltungsakt zu missbilligen, dass in solchen Fällen erhebliche Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen, bedarf keiner Erörterung. Dennoch sind die Mitglieder des Präfekturrats nicht ihrem Vorgesetzten, sondern nur ihrem Gewissen verantwortlich; rechtlich sind sie so unabhängig wie die Richter.

Aber der Präfekturrat übt nur eine beschränkte Rechtsprechung aus und entscheidet nur in erster Instanz. Massgebend kann nur sein, was für die zweite Instanz, den Staatsrat, gilt: ist dessen Rechtsprechung eine unabhängige, wie die der ordentlichen Gerichte, so schadet es nichts, dass in erster Instanz der Minister Recht spricht; ist seine Rechtsprechung dem Staatsoberhaupte untergeordnet, so nützt es nichts, dass der Präfekturrat Niemandem Verantwortung schuldet.

Der Staatsrat hat sich durch seine Besetzung mit den hervorragendsten Juristen und durch den freien Sinn seiner Entscheidungen das Vertrauen des französischen Volkes erworben.

Aber auch er stellte bis zum Sturze des zweiten Kaiserreichs — von einer kurzen Zwischenzeit abgesehen — eine von der Verwaltung getrennte Rechtsprechung nicht dar. Er gibt nur ein Gutachten ab, von welchem die Entscheidung des Staatsoberhauptes abweichen kann. Zwar sind für eine Entscheidung des Staatsoberhauptes, welche anders ausfällt als das Gutachten des Staatsrats, besondere Formvorschriften gegeben, und ist es nur zwei Mal vorgekommen, dass der Kaiser sich über den Vorschlag des Staatsrats hinweggesetzt hat, doch ist bestimmend, nicht was regelmässig geschieht, sondern die juristische Konstruktion. Diese verpflichtet zu der Folgerung, dass, wie der Präfekturrat trotz seiner Unvollkommenheiten eine den Gerichten gleiche Stellung einnimmt, die zweite Instanz trotz ihrer Vorzüge den Gerichten nicht zur Seite gestellt werden kann.

Eine der richterlichen gleiche Rechtsprechung ist sonach in erster Instanz nur beschränkt, in der zweiten überhaupt nicht vorhanden. Die Verwaltungsrechtsprechung geht in der Verwaltung auf und kann als besondere autorité nicht betrachtet werden.

V. Die Verwaltung, die so viele Entscheidungen nach Willkür zu treffen berechtigt ist, ist der Versuchung ausgesetzt, auch da, wo sie nach Rechtsgründen zu entscheiden verpflichtet wäre, nach Zweckmässigkeitsgründen zu handeln. Die Versuchung, „dans un but utile“ von der Beobachtung der Gesetze Abstand zu nehmen, droht auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn sie, wie in Frankreich, von der Verwaltung nicht getrennt ist. Es ist sogar, nach einer Bemerkung von TOCQUEVILLE, eine besondere Gefahr für die bürgerliche Freiheit, dass die Verwaltungsrechtspflege sich in Formen vollzieht, welche den gerichtlichen nachgebildet sind: denn der Bürger glaubt, getäuscht durch diese Form, ein auf Rechtsgründen beruhendes gerichtliches Urteil vor sich zu haben, während er tatsächlich einem Verwaltungsakte gegenübersteht, für den möglicherweise allein die Zweckmässigkeit massgebend war.

Trotzdem findet die französische Verwaltungsrechtspflege viele Verteidiger. Es wird allgemein anerkannt, dass die Entscheidungen des Staatsrats von einem freien Geiste beherrscht und dem Bürger oft mehr entgegengekommen sind als die Urteile des Kassationshofs. Ferner ist es zweifellos richtig, dass es einem innerhalb der Verwaltung stehenden Beamten leichter wird, den Geist von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zu verstehen, als dem ausserhalb stehenden Richter. Denn dieser wird immer geneigt sein, auf Rechtfragen, die nach den besonderen, verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zu entscheiden sind, die nicht passenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, mit denen er vertraut ist, anzuwenden.

Hieraus ergibt sich der entscheidende Punkt. Die Ausantwortung der Verwaltungsrechtspflege an die Verwaltung rechtfertigt sich durch die Notwendigkeit, in Verwaltungssachen das von dem bürgerlichen Rechte verschiedene Verwaltungsrecht zur Anwendung zu bringen. Denn mit der Zuständigkeit wechselt auch das anzuwendende materielle Recht. Das ordentliche Gericht wendet, wenn es eine die Verwaltung betreffende Frage zu entscheiden hat, sein bürgerliches Recht an. Damit das besondere Verwaltungsrecht Geltung erlange, ist es nötig, den Streit den ordentlichen Gerichten zu entziehen. Es ist daher richtig, wenn Saint Girons sagt: „la juridiction administrative dérive beaucoup moins du principe de l'indépendance des deux autorités que de la spécialité des affaires rentrant dans sa compétence“ (la séparation des pouvoirs S. 486).

III.

Erläuterung des Grundsatzes von der Selbständigkeit von Justiz und Verwaltung.

Nicht immer vermag die Formel, dass Justiz und Verwaltung von einander unabhängig sind, eine sofortige Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit zu geben. Es treten Fälle auf,

welche so auf der Grenze liegen, dass sich nicht ohne weiteres entscheiden lässt, welchem Gebiete sie angehören. Der für die Verteilung der Zuständigkeiten massgebende Grundsatz bedarf einer näheren Erläuterung.

I. Zur Ergänzung wird vielfach die Regel herangezogen, die Gerichte könnten nicht „déclarer l'Etat débiteur". Dieser Satz hat folgende Entstehungsgeschichte: In den Wirren der Revolutionskriege hatte ein Fuhrmann für die Militärbehörde Transporte ausgeführt. Da die Kriegskasse erschöpft war, konnte ihm Zahlung nicht sofort sondern erst nach einiger Zeit geleistet werden. Anstatt sich an die Verwaltung zu wenden, um durch diese die ihm gebührende Entschädigung festsetzen zu lassen, hatte der Fuhrmann den Chef der Militärbehörde persönlich bei dem Zivilgerichte auf Schadenersatz wegen Verspätung der Zahlung verklagt, und dieses hatte seine Klage zugesprochen.

Ein arrêté du directoire exécutif vom 2 germinal V (bulletin des lois 2. serie no. 115) sprach gegen dieses Urteil die schärfste Missbilligung aus und ordnete seine Anfechtung durch Kassationsrekurs an. Hierbei wurde ausgeführt, „que le tribunal qui prend sur lui en pareil cas, de fixer une indemnité et d'en ordonner le paiement, s'arroge, contre tous les principes, le droit de créer une créance contre la République, tandis que toute indemnité en faveur de ceux qui ont travaillé pour le Gouvernement doit être le résultat d'une liquidation qui est exclusivement réservée au Pouvoir exécutif [10]. Weiter wurde aufgestellt, dass, wenn die Gerichte den Staat verurteilen könnten, „les propriétés nationales seraient à la merci du créancier de la République, lequel serait en droit, par l'autorité de la chose jugée, de les regarder comme

[10] vgl. Art. 1 Dekret v. 17. Juli 1790 L'Assemblée nationale décrète comme principe constitutionel que nulle créance sur le trésor public ne peut être admis parmi les dettes de l'Etat qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale sanctionné par la loi.

Dekret des Konvents v. 27. Sept. 1793. La convention décrète que toutes les créances sur l'Etat soient réglées administrativement.

le gage de sa créance; qu'ainsi les denrées, effets et marchandises dont le Gouvernement dispose seraient détournés de leur destination; que les caisses de la trésorerie elle-même seraient saisissables, qu'en un mot le service général pourrait être non seulement entravé, mais totalement interrompu."

An diesen Ausführungen ist ein Zweifaches unrichtig. Zunächst wird die Behauptung, die Gerichte könnten den Staat nicht verurteilen, durch die Tatsache widerlegt, dass solche Urteile vorkommen. Weiter ist die Annahme des directoire exécutif, aus derartigen Urteilen sei eine Zwangsvollstreckung gegen den Staat zulässig, irrtümlich. Zwangsmittel sind dem Staate gegenüber ausgeschlossen. Der Staat honoriert eine gegen ihn gerichtlich festgestellte Schuld nur, wenn er will. Selbst wenn er der ihm obliegenden moralischen Verpflichtung nachkommt und zahlen will, zahlt seine Kasse erst, wenn eine besondere Anerkennung der Staatsschuld (liquidation de la dette publique) und eine Anweisung auf einen bestimmten Kredit erfolgt ist. Die Gerichte, welche den Staat verurteilen, begründen niemals eine Schuld, sondern nur einen Titel zu einer solchen. Eine Schuld wird erst durch die Feststellung und Anweisung geschaffen. Zwar liegt dem Minister ob, eine gerichtlich festgestellte Schuld des Staats festzusetzen und anzuweisen, aber es besteht die Möglichkeit, dass er seine Amtspflicht verletzt. Eine fernere Schranke für die gerichtlich festgestellte Staatsschuld liegt in der Möglichkeit, dass dem Minister für die Zahlungsanweisung ein Kredit nicht zur Verfügung steht und auch durch das nächste Finanzgesetz nicht bewilligt wird [11].

Die Gerichte können wohl den Staat zum Schuldner erklären, nur begründet die gerichtliche Feststellung keine Schuld im Sinne des bürgerlichen Rechts.

II. Wie es Rechtsstreitigkeiten gibt, in denen das ordent-

[11] Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts § 60. 2 S. 417 f.

liche Gericht urteilt, obgleich der Staat beteiligt ist, finden sich Rechtsstreitigkeiten, in denen die Verwaltungsgerichte entscheiden, obgleich der Staat nicht Partei ist. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Fälle führt zu der Entdeckung, dass der Staat an den ihn betreffenden Prozessen, die den Gerichten ausgeliefert sind, keinen besonderen Anteil nimmt, während er an den ihn nicht angehenden Prozessen, welche den ordentlichen Gerichten entzogen sind, ein Interesse hat: in letzteren ist nämlich entweder eine Gemeinde oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft, deren Gedeihen auf den Staat zurückwirkt, vertreten, oder der Streit wird zwar zwischen Privatpersonen geführt, doch hat der Staat, wenn die eine Partei verliert, einen Entschädigungsanspruch oder das Nichtzustandekommen einer unternommenen öffentlichen Arbeit zu befürchten. Aus der Beobachtung der Einzelfälle ergibt sich daher das Gesetz, dass nicht die Beteiligung des Staats an dem Rechtsstreite, sondern das Interesse der Verwaltung an seinem Ausgange dafür bestimmend ist, ihn der Verwaltungsrechtsprechung zu unterwerfen.

Das wäre aber doch eine Rückkehr in das ancien régime, und es ist doch gesagt worden, dass deren Willkür durch feste Regeln ersetzt worden sei! Es sind auch feste Regeln gegeben: Ist der Staat nicht Partei, so ist die gerichtliche Zuständigkeit begründet, sofern der Rechtsstreit nicht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung der Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen ist. Dies gilt namentlich auch für die Gemeinden, die regelmässig der Rechtsprechung der Gerichte unterstehen [12]. Als hauptsächlichstes Ausnahmegesetz kommt das Gesetz vom 28 pluviose VIII in Betracht, welches die Ansprüche von Privatpersonen gegen den Unternehmer einer öffentlichen Arbeit wegen eines durch deren Ausführung angerichteten Schadens den Präfekturräten zuweist.

Handelt es sich um den Staat, so ist umgekehrt die Zu-

[12] Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts § 65 II 3 S. 466—469.

ständigkeit der Verwaltungsgerichte die Regel; die Gerichte sind ihm gegenüber unzuständig, sofern er sich ihnen nicht ausnahmsweise unterworfen hat. In seinen Akten lässt der Staat erkennen, welche Zuständigkeit er begründen will. Ist er mit der öffentlichen Gewalt bekleidet aufgetreten und hat er kraft seines Hoheitsrechts dem Untertanen Lasten auferlegt, so liegt ein acte d'autorité vor, der stets nach den Regeln des Verwaltungsrechts von den Verwaltungsgerichten zu beurteilen ist. Hat er dagegen von seinem hoheitlichen Wesen nichts merken lassen und sich auf dieselbe Stufe hinabbegeben, auf welcher der Privatmann, mit dem er verhandelt, steht, so liegt ein acte de gestion vor, der von den ordentlichen Gerichten nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist.

Welche Form er wählen wird, hängt vom Belieben des Staats ab, der sich bei der Auswahl lediglich von seinem Interesse leiten lässt. Allerdings kommen auch geschichtliche Erinnerungen in Betracht. Der Verkauf von Fahrnis des Staats wird als acte de gestion behandelt, die Veräusserung von Liegenschaften als acte d'autorité angesehen. Das letztere ist nur geschichtlich zu erklären. In den Wirren der Revolution wurden den ordentlichen Gerichten, die als reformfeindlich galten, die Streitigkeiten, welche aus der Veräusserung der eingezogenen Güter der Emigranten, der domaines nationaux, entstanden, genommen; das Gesetz vom 28 pluviose VIII (art. 4 al. 7) überwies diese Streitigkeiten dem Präfekturrate. Nachdem durch die Restauration die Rückerstattung der eingezogenen Güter angeordnet worden war, derartige Streitigkeiten demnach unmöglich geworden waren, erstreckte die Rechtsprechung des Staatsrats die Zuständigkeit des Präfekturrats auf die Veräusserungen von Liegenschaften des Staats, jedoch nicht ohne Widerspruch in der Rechtsprechung zu finden [13]. Umgekehrt verhält es sich mit dem Erwerbe des Staats. Beim

---

[13] Dufour: traité général du droit administratif V no. 289. Serrigny: traité de l'organisation et de la compétence II no. 988 ff., insbes. no. 1003.

Ankaufe von Grundstücken nimmt der Staat die Stellung eines simple particulier ein und unterwirft sich dem Zivilrecht und der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte. Dagegen werden Lieferungen von Fahrnisgegenständen (marchés de fourniture) durch obrigkeitlichen Akt auferlegt und daher von den Verwaltungsgerichten abgeurteilt; denn bei einer Mobilmachung kann das Wohl des Staats dadurch bedingt sein, dass die Lieferanten ihren Verpflichtungen nachkommen, und der Staat will es daher selbst in der Hand behalten, darauf zu dringen, dass dies geschieht. In ähnlicher Weise hat auf den übrigen Gebieten das Interesse des Staats in Verbindung mit der geschichtlichen Entwicklung feste Regeln und Formen gebildet, aus denen derjenige, der sich mit dem Staate einlässt, entnehmen kann, ob die Zuständigkeit der Gerichte oder die der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet sein soll.

III. Es ist soeben gesagt worden, dass die ordentlichen Gerichte zuständig sind, wenn ein Akt des Staats dem Zivilrechte unterworfen ist. Ueberhaupt ist der Rechtsweg für alle Fragen begründet, welche nach bürgerlichem Rechte zu entscheiden sind, namentlich für Fragen der Staatsangehörigkeit, des Zivilstandes, des Eigentums. Tritt eine derartige Frage in einem Verwaltungsstreite auf, so muss die Verwaltung das Verfahren bis zur Entscheidung der nach bürgerlichem Rechte zu beurteilenden Streitpunkte durch die ordentlichen Gerichte aussetzen, mag sie auch ein noch so grosses Interesse an dem Ausfalle dieser Entscheidung haben.

In einem Falle greift einer Eigentumsfrage gegenüber eine geteilte Zuständigkeit Platz: Wenn behauptet wird, dass durch einen Delimitationsakt, welcher die Grenzen des öffentlichen Eigentums festgesetzt hat, gesetzliche Bestimmungen verletzt worden sind, ist für das Verlangen der Aufhebung des Akts wegen abus de pouvoir der Staatsrat, für die Forderung der Entschädigung das Gericht zuständig, welches ausnahmsweise zu prüfen berech-

tigt ist, ob der Delimitationsakt in Privateigentum eingegriffen hat[14].

IV. Ueber die Frage, welche Behörde über die Klage auf Ersatz eines durch die Verwaltung angerichteten Schadens zu entscheiden habe, herrschte stetige Uneinigkeit zwischen Kassationshof und Staatsrat. Die Gerichte nahmen unter Führung des Kassationshofs ihre Zuständigkeit an, indem sie die Ersatzpflicht des Staats auf art. 1382. 1384 C. c. stützten; die durch den Staatsrat vertretene Verwaltung bestritt die Zulässigkeit des Rechtswegs, indem sie sich auf den Grundsatz von der Trennung der Behörden und auf den Satz, dass es den Gerichten verboten sei, „de déclarer l'Etat débiteur", berief[15].

Dass dieser letztere Satz unrichtig sei, ist bereits ausgeführt; auch aus der Selbständigkeit der Verwaltung der Justiz gegenüber ergibt sich nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit des Rechtswegs für eine gegen den Staat gerichtete Entschädigungsklage, da diese den Akt selbst, auf Grund dessen Entschädigung gefordert wird, unbehelligt lässt.

Auf einigen besonderen Gebieten ist durch Gesetz die zivilrechtliche Haftung des Staats für seine Angestellten und damit die Zulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen; es sind dies die Erhebung der Zölle und indirekten Steuern[16] und der Eisenbahnbetrieb[17].

Die Annahme der Gerichte, dass der Rechtsweg auch auf den anderen Gebieten der Staatstätigkeit zulässig sei, muss als berechtigt angesehen werden, wenn die Ersatzpflicht des Staats wirklich auf art. 1382. 1384 C. c. zurückgeführt werden kann; denn die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts pflegt die Zuständigkeit der Gerichte nach sich zu ziehen.

Die Anwendbarkeit des Zivilrechts ist für die rein privatrechtlichen Betriebe des Staats gegeben. Soweit ein durch einen

[14] Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts § 38 S. 250—254.

[15] Bericht des Regierungskommissars vor dem Konfliktshof i. S. Blanco-Dalloz rec. pér. 1873, 3, 20.

[16] Ges. v. 6. Aug. 1791 lit. XIII art. 19.

[17] Ges. v. 15. Juli 1845 art. 22.

acte de gestion begründetes Rechtsverhältnis Folgen äussert, haftet der Staat demjenigen, dem gegenüber er sich auf das Gebiet des Zivilrechts hinabbegeben hat, auch ausserkontraktlich nach bürgerlichem Recht und untersteht der Rechtsprechung der Gerichte: z. B. haftet der Staat zivilrechtlich, wenn das von der Forstverwaltung versteigerte Holz, bevor es von dem Ansteigerer abgeholt ist, durch einen von einem Forstbeamten verschuldeten Waldbrand zerstört wird [18].

Im übrigen muss aber der Standpunkt der Gerichte als unbegründet bezeichnet werden.

Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung ist stets eine faute, sei es des zur Verantwortung Gezogenen selbst, sei es eines andern, der zu ihm im Verhältnisse des préposé zum commettant steht. Unter den Fällen, in welchen eine Ersatzpflicht des Staats begründet ist, finden sich aber neben solchen, in denen ein nachweisbares Verschulden eines bestimmten Beamten vorliegt, und solchen, in denen der Verwaltung selbst ein Verschulden zur Last fällt, andere, in denen eine faute nicht nachzuweisen ist. Wenn die Verwaltung im Interesse der Ausbildung des Heers und der Sicherheit des Staats einen Schiessplatz anlegen und darauf Schiessübungen vornehmen lässt, kann von einem Verschulden keine Rede sein, und trotzdem leistet der Staat Ersatz, falls die Benutzbarkeit von Nachbargrundstücken durch das Hinüberfliegen von Geschossen beeinträchtigt wird [19]. Wenn ein Kind von einem der Tabakregie gehörigen Wagen überfahren wird [20], ein Wagen von einer Brücke stürzt, leistet der Staat allerdings nur unter der Bedingung Ersatz, dass der Fuhrmann fahrlässig gehandelt, die Verwaltung ihre Verpflichtung zur Ausbesserung schuldhafterweise versäumt hat; aber Grund zur Ersatzpflicht ist nicht die

---

[18] St. R. E. v. 25. 2. 64 (ROUAULT) DALLOZ rec. pér. 1864. 3, 83.

[19] St. R. E. v. 21. 6. 59 (Pensa) DALLOZ 1860, 3, 11. St. R. E. v. 27. 2. 62 (Pensa) DALLOZ, 1862, 3, 28.

[20] St. R. E. i. S. Blanco DALLOZ 1873, 3, 20.

faute, sondern der Umstand, dass ohne eine solche entweder eigenes Verschulden des Geschädigten oder Zufall anzunehmen ist und demnach ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Betriebe nicht besteht. Möglicherweise schliesst sogar ein Verschulden des Angestellten des Staats dessen Ersatzpflicht aus, dann nämlich, wenn dieser die Gelegenheit, die ihm sein Amt gab, missbraucht hat, um einen Schaden anzurichten; denn dann liegt ein fait personel vor, der mit dem Betriebe des Staats nicht im Zusammenhange steht. Während nach Zivilrecht der commettant auch für den Schaden verantwortlich ist, den sein préposé lediglich à l'occasion de l'exercice de ses fonctions angerichtet hat, und der Fuhrunternehmer z. B. für die Vergewaltigung eines Mädchens durch seinen Kutscher haftbar gemacht worden ist[21], beschränkt sich die Ersatzpflicht des Staates auf den Schaden, den sein Angestellter „dans ses fonctions" angerichtet hat.

An Stelle des Verschuldungsprinzips der art. 1382, 1384 C. c. ist daher dem Staate gegenüber das Veranlassungsprinzip getreten: für Schäden, welche durch den Betrieb einer öffentlichen Anstalt verursacht sind, leistet der Staat Ersatz, gleichviel ob der Verwaltung oder einem ihrer Beamten ein Verschulden nachgewiesen werden kann oder nicht.

Auch der Umfang der Ersatzpflicht des Staats ist von der zivilrechtlichen Haftung verschieden: nach art. 1382, 1384 wird auch für entgangenen Gewinn und tort moral gehaftet, der Staat ersetzt nur dommage direct et matériel.

Endlich leistet der Staat für den durch den Betrieb seiner Verwaltung verursachten Schaden nicht auf allen Gebieten Ersatz, namentlich nicht im Bereiche der hohen Politik, der Polizei[22], der Rechtsprechung und für Kriegsereignisse.

---

[21] Tribunal de la Seine v. 28. 5. 1872 DALLOZ 1873. 3, 7.

[22] z. B. im Falle der Versenkung eines Schiffes zwecks Verhütung der Verbreitung des auf demselben ausgebrochenen gelben Fiebers LAURENT XX no. 885.

Diese Abweichungen von der Haftung des bürgerlichen Rechts führen zu der Folgerung, dass art. 1382. 1384 C. c. ausserhalb der dem Privatrechte unterworfenen Betriebe auf den Staat nicht zutreffen.

Ueberhaupt findet sich keine gesetzliche Vorschrift, auf welche die Ersatzpflicht des Staats gegründet werden könnte. Art. 13 der Erklärung der Menschenrechte [23] ist zur Begründung herangezogen worden, aber diese Bestimmung enthält nur eine Richtschnur für die Gesetzgebung und schafft nicht Recht wie § 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts [24]. Trotz des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage wird die Verpflichtung des Staats zur Leistung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung als auf einem Rechtssatze beruhend betrachtet, und es bleibt zur Erklärung dieser Erscheinung nur die Annahme, dass die öffentlich-rechtliche Entschädigung sich auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechts ausgebildet hat. Ihre Grundlage ist die Erwägung, dass es unbillig ist, wenn der Staat Einzelnen besondere Opfer ohne Entschädigung zumutet, und dass die Billigkeit den Ausgleich der Vorteile, welche der Staat auf Kosten Einzelner hat, mit dem Ersatze des dadurch verursachten Schadens verlangt [25].

Hieran hat auch Goethe gedacht, der in Strassburg gelegentlich der Verwandlung der winkligen Strassen in gerade Bau-

---

[23] „Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.“

[24] Dass der Staat „denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem gemeinen Wesen aufzuopfern genötigt ist, zu entschädigen gehalten ist“.

[25] Concilier de droit de l'Etat avec les droits privés LAURENT XX no. 440 s'il y a un sacrifice à faire dans l'intérêt général, tous y doivent contribuer . . . . l'Etat, organe de société doit supporter le dommage; il serait injuste que le sacrifice fût à charge de l'individu dont le droit est lésé. LAURENT XX no. 421.

Si les travaux publics profitent à tous il est juste que la charge qui en résulte soit aussi supportée par tous.

fluchten gesehen hatte, wie die Verwaltung im Interesse des allgemeinen Wohls die Rechte Einzelner verletzte [26], wenn er in den Wahlverwandtschaften (Teil I Kapitel 6) sagt: „Wie schwer ist es, dass der Mensch recht abwäge, was man aufgeben muss, gegen das, was zu gewinnen ist! . . . . Kommt nun gar hinzu, dass der eine bei einer gemeinsamen Anstalt gewinnen, der andere verlieren soll, da ist mit Vergleich nun gar nichts auszurichten. Alles eigentlich gemeinsam Gute muss durch das unumschränkte Majestätsrecht gefördert werden."

Mit der Erkenntnis, dass die öffentlich-rechtliche Entschädigung durch das Gewohnheitsrecht ausgebildet worden ist [27], wird aber die Frage nach der Zuständigkeit nicht gelöst. Es bedarf noch einer näheren Untersuchung, welche Bedeutung die Erhebung einer Ersatzforderung gegen den Staat hat. Eine solche richtet sich allerdings nicht unmittelbar gegen einen Verwaltungsakt, doch ist sie geeignet, die Verwaltung zu beunruhigen und durch die Befürchtung einer Entschädigungspflicht zu einem bestimmten Verhalten, Aufhebung eines Verwaltungsaktes, Vornahme von Vorkehrungen, durch die einem Schaden vorgebeugt wird, zu veranlassen. Deshalb hat bereits Artikel 13 Titel II des Gesetzes vom 16.—24. August 1790 den Grundsatz von der Unabhängigkeit der Verwaltung von der Justiz dahin erklärt, dass „les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs."

Die Verwaltung soll in ihrer Bewegungsfreiheit nicht durch die Gerichte beengt werden. Die Gerichte sollen es nicht in der Hand haben, durch Verurteilung des Staats zu Geldentschädigungen die Verwaltung mittelbar zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Jeder Rechtsstreit, in welchem zu untersuchen sein würde, ob die Anordnungen der Verwaltung berechtigt waren,

[26] Dichtung und Wahrheit Teil 2 Buch 9.

[27] Ueber die öffentlich-rechtliche Entschädigung Otto Mayer, Französisches Verwaltungsrecht §§ 52. 58 Deutsches Verwaltungsrecht §§ 53. 54.

ob die Verwaltung zu besonderen Vorkehrungen, die sie unterlassen hat, verpflichtet war, ob deren ordnungsmässiger Betrieb einen Schaden verursacht hat, ist den Gerichten entzogen, und zwar auch dann, wenn nicht auf Beseitigung eines Zustandes, Herstellung eines bestimmten Erfolgs oder Aufhebung einer Anordnung, sondern auf Leistung von Schadensersatz geklagt wird.

IV.

Ausnahmen von dem Grundsatze der Unabhängigkeit der beiden Behörden.

Die bisher entwickelten Regeln liessen sich von dem obersten Grundsatze, dass Justiz und Verwaltung von einander unabhängig sind, ableiten. Es gibt aber Fälle, in denen dieser Grundsatz durchbrochen ist und die Grenzen der beiden Gebiete überschritten werden. Derartige Ausnahmen bestehen nach beiden Richtungen hin: der Justiz kann gestattet sein, in das Gebiet der Verwaltung überzugreifen, der Verwaltung kann erlaubt sein, Handlungen vorzunehmen, welche die Selbständigkeit der Justiz zu beeinträchtigen geeignet sind.

I. Zu Gunsten der Justiz sind folgende Ausnahmen von der Selbständigkeit der Verwaltung begründet:

1. Die Streitigkeiten, zu welchen die indirekten Steuern Anlass geben, werden von den ordentlichen Gerichten abgeurteilt (art. 2 Ges. v. 7. Sept. 1790). Für die Streitigkeiten über direkte Steuern ist dagegen die gerichtliche Zuständigkeit nicht begründet (art. 4 al. 2 Ges. v. 28 pluviose VIII).

Der Unterschied erklärt sich dadurch, dass die direkten Steuern auf Grund eines Verwaltungsakts, der Heberolle, erhoben werden, während die Höhe des Betrags der indirekten Steuer im Einzelfalle unmittelbar durch die allgemeine Regel des gesetzlichen Tarifs bestimmt ist. Die Gerichte haben daher, wenn sie eine Frage der indirekten Steuern entscheiden, nicht über einen Verwaltungsakt zu urteilen, sondern lediglich das Gesetz anzu-

wenden. Dennoch bildet die Zuständigkeit der Gerichte in den die indirekten Steuern betreffenden Fragen eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze von der Unabhängigkeit der beiden Behörden: denn das Gericht stellt den Inhalt eines staatlichen Rechts hoheitlicher Natur fest.

2. Dass Fragen der Staatsangehörigkeit, des Alters, der bürgerlichen Ehrenrechte, welche für das aktive und passive Wahlrecht präjudiziell sind, von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sind, ergibt sich daraus, dass sie dem Zivilrechte, der Domäne der ordentlichen Gerichte, angehören. Die Frage des aktiven und passiven Wahlrechts selbst müsste nach dem Grundsatze von der Selbständigkeit der Verwaltung dieser überlassen bleiben.

Für das passive Wahlrecht ist dieser Grundsatz auch nicht durchbrochen. Dagegen sind Einsprüche gegen Wahllisten wegen Auslassung eines angeblich zur Aufnahme Berechtigten zunächst von einem aus Bürgermeister und zwei Gemeinderatsmitgliedern bestehenden Ausschusse und in zweiter Instanz von dem Friedensrichter zu erledigen, gegen dessen Entscheidung Kassationsrekurs zulässig ist (art. 19—23 Ges. v. 2. Februar 1852).

3. Es widerstrebt auch der Selbständigkeit der Verwaltung, dass das Gericht die Entlassung eines durch Anordnung der Verwaltung in eine Irrenanstalt Verbrachten verfügen kann (art. 29 Ges. v. 30. Juni 1838).

4. L'expropriation pour cause d'utilité publique s'opère par autorité de justice.

So sagt Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Mai 1810 und vom 3. Mai 1841, aber es ist nicht viel, was sein übriger Inhalt den Gerichten gibt. Das Gericht muss die Enteignung aussprechen, wenn die Verwaltung die utilité publique festgestellt und die erforderlichen Grundstücke bezeichnet hat, und die Festsetzung der Entschädigung erfolgt durch die unberechenbaren Geschworenen, deren Verdikt von dem vorsitzenden Richter, wenn die vorge-

schriebenen Formen erfüllt sind, mit der Vollstreckbarkeitserklärung versehen werden muss. So ist das Enteignungsurteil stets ein verschleierter Verwaltungsakt, das Entschädigungsurteil ein Akt der Willkür des durch die Geschworenen vertretenen Volks, das im Staate nur zu leicht einen Gegner vor sich zu haben glaubt.

Dass Enteignung und Festsetzung der Entschädigung den Staat in hohem Grade interessiert, bedarf keiner näheren Ausführung. Unter dem ancien régime und auch unter der Revolutionsgesetzgebung war daher beides der Verwaltung überlassen worden. Und doch ist die Ueberweisung von beidem an die Gerichte wohl kaum, wie OTTO MAYER[28] meint, eine blosse Laune Napoleons gewesen, sondern aus einer übertriebenen Anwendung des Grundsatzes zu erklären, dass das Zivilrecht von den Gerichten anzuwenden ist. Der Satz: „nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité“ steht nämlich im Code civil (art. 545), und es wurde die Enteignung trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Bedeutung als eine Materie des bürgerlichen Rechts behandelt.

Ohne Enteignung kann privates Eigentum durch Delimitationsakt[29] entzogen werden, der durch die Verwaltung erfolgt und nicht der Nachprüfung der Gerichte unterliegt. Sein Recht auf Entschädigung hat der durch den Delimitationsakt geschädigte Privateigentümer, da auch hier art. 545 C. c. gilt, und demnach der Anspruch als ein zivilrechtlicher betrachtet wird, vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen; die Festsetzung der Entschädigung erfolgt durch eine Jury. Dagegen trifft art. 545 C. c. nicht den Fall der blossen Beschränkung des Grundeigentums oder der Entziehung oder Beschränkung dinglicher Rechte. Der-

---

[28] Französisches Verwaltungsrecht § 36 S. 236.

[29] Festsetzung der Grenzen eines öffentlichen Flusses, Erklärung eines Wegs zum Vizinalwege und Festsetzung seiner Grenzen, Erteilung der Baufluсht.

artige Eingriffe, deren sich, wenn sie zwecks Ausführung öffentlicher Arbeiten erfolgen, niemand erwehren kann, zielen, auch wenn sie dauernd sind, nicht auf eine Entziehung des Eigentums (dépossession) ab. Da sich für sie eine art. 545 C. c. entsprechende Bestimmung im Zivilrechte nicht findet, besteht kein Anlass, das Recht des Geschädigten auf Ersatz als ein zivilrechtliches zu behandeln, und dessen Festsetzung erfolgt durch die Verwaltung, den Präfekturrat.

Die juste et préalable indemnité, welche Voraussetzung der Enteignung ist, entschädigt nur für die Entziehung des Eigentums. Bei deren Bemessung dürfen die Geschworenen nicht auch die Schädigungen und Gefährdungen berücksichtigen, welche die Ausführung des Unternehmens selbst [30] oder nach dessen Beendigung der Betrieb, für den die Enteignung erfolgt ist [31], mit sich bringt. Denn diese Schädigungen, welche nicht eintreten, wenn die in Aussicht genommenen Arbeiten unterbleiben, der Betrieb nicht eröffnet wird, sind keine unmittelbaren Folgen der Entziehung des Eigentums, und es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, dass der enteignete Eigentümer für sie schadlos zu halten ist. Allerdings ist auch hier durch die Billigkeit ein Ersatzanspruch zugelassen, dessen Festsetzung nach dem Grundsatze von der Unabhängigkeit der Verwaltung durch diese selbst, den Präfekturrat, erfolgt.

5. Eine eigentümliche Teilung der Zuständigkeiten tritt ein, wenn es sich um die Beseitigung eines vorschriftswidrigen Baues (Ueberschreitung der Bauflucht, travaux confortatifs an einer über die Bauflucht hinüberragenden Mauer) handelt.

[30] z. B. die auf dem enteigneten Teile eines Grundstücks zur Tragung der Eisenbahnstrecke errichtete Mauer beschattet den nicht enteigneten Teil des Grundstücks. Urteil des O.L.G. als Kassationshof v. 20. 11. 82. Jur. Zeitschr. f. E.L. VIII, 15.

[31] z. B. die auf dem enteigneten Teile eines Grundstücks verkehrenden Züge erschüttern das auf dem Reste stehende Haus. Urteil des Kgl. Rats v. 10. 5. 81. Jur. Zeitschr. f. E.L VI, 421.

Die allgemeinen Grundsätze verweisen die Anordnung der Beseitigung, wie die Niederreissung baufälliger Häuser, vor die Verwaltung. Festgehalten ist hieran auch für das grosse Strassenwesen: die Anordnung der Beseitigung ist dem Präfekturrate übertragen (art. 4 al. 5 Ges. v. 28 pluv. VIII).

Für das kleine Strassenwesen haben aber zivilistische Anschauungen den Sieg davongetragen, nämlich die Auffassung, dass durch die Herstellung eines vorschriftwidrigen Baues ein Schaden verursacht wird, der eine zivilrechtliche demande en restitution et en dommages intérêts begründet. Es ist daher die Zuständigkeit der Gerichte begründet, und zwar, wenn zugleich eine Strafe verwirkt ist, die des Strafrichters, wenn eine Bestrafung ausgeschlossen ist, die des Zivilrichters [32].

Die verschiedene Behandlung des grossen und des kleinen Strassenwesens ist zwar nicht folgerichtig, aber erklärlich: der Staat hat an dem grossen Strassenwesen ein solches Interesse, dass er sich durch zivilistische Anschauungen, denen er im kleinen Strassenwesen nachgibt, nicht bestimmen lässt, der Justiz die Möglichkeit einzuräumen, seinen Zielen und Zwecken entgegenzuarbeiten.

II. Die grande voirie leitet auf die Fälle über, in denen der Verwaltung ein Einfluss auf die Justiz eingeräumt worden ist.

1. Durch die Bedeutung, welche das grosse Strassenwesen für den Staat hat, liess sich die Gesetzgebung nicht nur bestimmen, unbekümmert um zivilistische Vorstellungen an der Selbständigkeit der Verwaltung festzuhalten, sondern sie ging sogar soweit, die Selbständigkeit der Justiz zu beeinträchtigen: die Aburteilung von Uebertretungen, welche in Ansehung des grossen Strassenwesens begangen sind, wurde den Gerichten entzogen und dem Präfekturrate zugewiesen (Ges. v. 29 flor. X).

2. Das alte Königtum hatte sich bemüht, seine Beamten der

[32] Art. 161 C. de proc. crim. FÖRTSCH und CASPAR, Elsass-Lothringisches Baurecht no. 47 S. 73.

Rechtsprechung der Gerichte zu entziehen. Die Revolutionsgesetzgebung erklärte zunächst ihre feste Absicht, hiermit zu brechen [33], kam aber, als es sich darum handelte, Ernst zu machen, aus ererbtem Misstrauen gegen die Gerichte auf den alten Zustand zurück. Artikel 13 Titel II des Gesetzes vom 16.—24. August 1790 verbot den Gerichten überhaupt „de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions“ und Artikel 75 der Verfassung vom 22 frimaire VIII, der alle Verfassungen bis zum Sturze des zweiten Kaiserreichs überlebt hat, bestimmte: „les agents du gouvernement autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat: en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.“

Dem Rechte des ancien régime gegenüber ist hierdurch insofern eine Aenderung getroffen, als es jetzt nicht mehr zulässig ist, öffentliche Beamte in Sachen, welche auf ihr Amt nicht Bezug haben, den ordentlichen Gerichten zu entziehen. Aber für die Handlungen der Beamten, welche mit dem Amte in Zusammenhang stehen, ist der Uebung des alten Königtums gesetzliche Weihe zu Teil geworden: der Staatsrat entscheidet nach freiem Ermessen, ob die zivilrechtliche und strafrechtliche Verfolgung eines Beamten zugelassen werden soll, und braucht für deren Ablehnung keine Gründe anzugeben.

TOCQUEVILLE sagt, seine Zeitgenossen liessen sich in der garantie constitutionelle etwas, was ihren Vätern nur durch die Gewalt habe abgenötigt werden können, unter dem Scheine der Gerechtigkeit gefallen. Er habe oft versucht, den Sinn des Artikels 75 Engländern und Amerikanern, deren Gesetze die Verfolgung der öffentlichen Beamten vor den ordentlichen Gerichten unbeschränkt zuliessen, begreiflich zu machen. Sie hätten ihm aber nie Glauben geschenkt, wenn er ausgeführt habe, der Staatsrat

[33] Art. 15 der Erklärung der Menschenrechte: „la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration“.

sei kein Gerichtshof im gewöhnlichen Sinne, sondern ein Verwaltungsgericht, dessen Mitglieder vom Fürsten abhängig seien; der Fürst könne, nachdem er einem seiner Untertanen, dem Präfekten, den souveränen Befehl gegeben habe, eine Ungerechtigkeit zu begehen, andern seiner Diener, den Mitgliedern des Staatsrats, den Befehl geben, die Bestrafung des ersteren zu verhindern; der auf Befehl des Fürsten verletzte Bürger müsse sonach von dem Fürsten selbst die Erlaubnis einholen, wenn er Recht erhalten wolle [34].

Die Ungerechtigkeit, welche darin liegt, dass der durch den Beamten verletzte Bürger in seinem Recht auf Anrufung der Gerichte von dem guten Willen der Verwaltung abhängig ist, kann aber nicht als so ungeheuerlich betrachtet werden, wie TOCQUEVILLE meint.

Zunächst ist für die Entscheidung des Staatsrats der Minister der Volksvertretung gegenüber verantwortlich. Ferner würde für die Rechtssicherheit wirklich nicht viel gewonnen sein, wenn die Verfolgung der Beamten an eine Genehmigung nicht geknüpft wäre. Denn dann würde fast in jedem Falle die Frage auftreten, ob die verfolgte Handlung einen Verwaltungsakt, der zur Zuständigkeit des Beamten gehörte, darstellt und somit nur Rechte und Pflichten für den Staat begründet hat, oder ob eine Ueberschreitung oder sogar ein Missbrauch der durch das Amt gegebenen Gelegenheit vorliegt, sodass eine Verantwortlichkeit des Beamten begründet worden ist. Die Entscheidung dieser Frage müsste das Gericht der Verwaltung überlassen, die es dann doch in der Hand haben würde, den Beamten in Schutz zu nehmen. Auf die Prüfung dieser Frage hat aber, wenn die gerichtliche Verfolgung zugelassen worden ist, die Verwaltung verzichtet.

Die garantie constitutionelle enthält sonach eine doppelte

[34] TOCQUEVILLE: De la démocratie en Amérique I S. 166—169.

Abweichung von dem Grundsatze der Unabhängigkeit der beiden Behörden: einmal setzt die gerichtliche Zuständigkeit die Genehmigung der Verwaltung voraus, sodann gibt diese dem Gerichte die Befugnis, auch die eigentlich dem Gebiete der Verwaltung vorbehaltenen Fragen zu entscheiden [35].

Dass das eine in notwendigem Zusammenhange mit dem andern steht, wurde offenbar, als nach dem Sturze des zweiten Kaiserreichs durch Gesetz vom 19. September 1870 die garantie constitutionelle beseitigt wurde. Jetzt wurde die Verwaltung, die ihre bisherige Befugnis, die Verfolgung des Beamten zu genehmigen, verlor, in ihr eigentliches Recht, zu prüfen, ob er innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt habe, wieder eingesetzt.

Die garantie constitutionelle ist keine unmittelbare Folgerung des Grundsatzes von der Selbständigkeit der Verwaltung, da das den Beamten verurteilende Erkenntnis weder den Staat unmittelbar betrifft noch für seine etwa neben der Haftung des Beamten begründete Ersatzpflicht präjudiziell ist. Dennoch ist die garantie eine wesentliche Ergänzung des Grundsatzes von der Unabhängigkeit der Verwaltung. Sie soll den Beamten in die Lage setzen, mit Entschlossenheit und Eifer seines Amtes zu walten, im Vertrauen darauf, dass er nicht ohne nähere Prüfung von den Gerichten zur Verantwortung gezogen werden kann.

3. Nach dem Gesetze vom 18. Juli 1837 kann eine Gemeinde — ausser in Besitzprozessen (art. 55) — vor Gericht nur auf Grund einer autorisation de plaider auftreten. Diese hat eine verschiedene Bedeutung, je nachdem die Gemeinde klagen will oder verklagt werden soll. Ihre Verweigerung zu einer Klage, welche die Gemeinde anstrengen will, schliesst die Klagerhebung aus (art. 49. 50). Wenn sie auf die Denkschrift dessen, der die Gemeinde verklagen will, innerhalb der vorgeschriebenen Fristen nicht erteilt ist, wird nur verhindert, dass die Gemeinde in dem

[35] Otto Mayer, Französisches Verwaltungsrecht § 16 S. 98—101; § 61 S. 419-425.

Prozesse auftreten, nicht aber, dass ein Versäumnisurteil gegen sie genommen werden kann.

Nach OTTO MAYER [36] erwirbt die Gemeinde die Parteifähigkeit, die sie an sich entbehrt, in jedem einzelnen Falle erst durch die autorisation de plaider. Aber auch das Versäumnisurteil, welches gegen die zur Prozessführung nicht ermächtigte Gemeinde ergeht, setzt deren Parteifähigkeit voraus. Die Gemeinde ist in derselben prozessualen Lage, wie das Mündel in Immobiliarprozessen (art. 464 Code civil).

Durch das Erfordernis der autorisation de plaider für Prozesse der Gemeinden wird die Selbständigkeit der Justiz nicht beeinträchtigt; lediglich wird der Zeitpunkt, in welchem die Erhebung einer Klage gegen die Gemeinde zulässig ist, hinausgeschoben.

Ebenso hat die Vorschrift, dass Staat und Bezirk nur verklagt werden können, wenn dem Präfekten eine Gegenstand und Gründe des Anspruchs darstellende Denkschrift eingereicht und eine bestimmte Frist verstrichen ist [37], nur die Wirkung, dass die Anrufung der Gerichte verzögert wird. Zweck dieser Vorschrift ist, das Interesse der Verwaltung zu wahren, „pour la mettre en mesure de se défendre“ oder ihr Gelegenheit zur aussergerichtlichen Beilegung des Streits zu geben.

V.

Der Kompetenzkonflikt.

Es genügt nicht, dass die Rechtsordnung den allgemeinen Grundsatz, der für die Verteilung der Zuständigkeiten zu gelten

[36] Französisches Verwaltungsrecht § 62 S. 436: er spricht von Prozessfähigkeit, meint aber die Parteifähigkeit; prozessfähig wird die Gemeinde als juristische Person auch nicht, wenn sie die autorisation de plaider erhalten hat.

[37] Denkschrift bei Klagen gegen den Staat: art. 15 titre III Ges. v. 5. November 1790 (Dekret der Nationalversammlung v. 23. u. 28. Oktober 1790), Staatsratsgutachten v. 28. August 1823. Denkschrift bei Klagen gegen den Bezirk art. 37. Ges. v. 10. Mai 1838 über die Generalräte.

hat, aufstellt, ihn näher erläutert und seine Ausnahmen bestimmt, es muss noch eine Vorschrift dafür gegeben werden, in welcher Weise Zweifelsfragen über die Zuständigkeit ihre Erledigung finden sollen. Denn der Gang der Geschäfte kann Fragen bringen, welche so auf der Grenze der beiden Gebiete liegen, dass es unter den beiden Behörden selbst streitig wird, welchem sie angehören. Hierbei ist es möglich, dass eine jede der beiden Behörden die Angelegenheit als ihr zukommend für sich in Anspruch nimmt (positiver Kompetenzkonflikt), oder dass eine jede die Behandlung von sich ablehnt (negativer Kompetenzkonflikt). Im letzteren Falle erfolgt die Bezeichnung der zuständigen Behörde auf Betreiben einer Partei durch den Staatsrat.

Die Lösung des positiven Kompentenzkonflikts ist in Frankreich zur Zeit einem aus Mitgliedern des Staatsrats und Kassationshofs unter dem Vorsitze des Justizministers gebildeten Konfliktshofe übertragen. Bis zum Sturze des zweiten Kaiserreichs galt die Ordonnanz vom 1. Juni 1828. Nach deren Bestimmung konnte die Verwaltung eine Entscheidung des Staatsoberhauptes, die nach Anhörung des Staatsrats zu ergehen hatte, über die von einem Gerichte behauptete, von der Verwaltung bestrittene Zulässigkeit des Rechtswegs herbeiführen. Dagegen war der Justiz die Gegenseitigkeit nicht verbürgt; sie musste ruhig zusehen, wenn die Verwaltung eine Angelegenheit behandelte und entschied, für welche nach der Auffassung der Gerichte der Rechtsweg zulässig gewesen wäre.

Für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Justiz und Verwaltung ist noch am Vorabende des Sturzes des zweiten Kaiserreichs das ancien régime bestimmend. Die Regeln, durch welche die Zuständigkeiten verteilt worden sind, stellen das Ergebnis einer stetigen Uebung des alten Königtums dar: was die Verwaltung interessiert, untersteht der Rechtsprechung der Gerichte regelmässig nicht, und die den Gerichten jetzt nicht mehr entziehbaren Fragen haben für die Verwaltung keine Bedeutung.

Sollte aber die Verwaltung doch den Wunsch hegen, eine zur Zuständigkeit der Justiz gehörige Angelegenheit an sich zu reissen, so kann sie auf dem Umwege des Kompetenzkonflikts, dessen Entscheidung in ihre Hand gegeben ist, dies Ziel erreichen. Der Grundsatz der Trennung der Justiz und der Verwaltung ist daher nicht in paritätischer Weise, sondern zum Nachteile der Justiz durchgeführt.

Zweiter Teil.

Die Entwicklung in Elsass-Lothringen seit der Besetzung durch die deutschen Truppen.

I.

Der Einfluss der Trennung Elsass-Lothringens von Frankreich auf die Behördenorganisation.

Die jetzt das Reichsland Elsass-Lothringen bildenden Gebiete wurden seit ihrer Besetzung durch die deutschen Truppen von der weiteren Entwicklung des französischen Rechts nicht mehr betroffen. Das zur Zeit der Besetzung geltende private und öffentliche Recht blieb aber, auch nach der Vereinigung Elsass-Lothringens mit dem Reiche, in Kraft. Erhalten blieb der für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Justiz und Verwaltung massgebende Grundsatz von der beiderseitigen Unabhängigkeit, und es blieben auch die französischen Behörden, soweit sie schon zu französischer Zeit im Gebiete des Reichslandes ihren Sitz gehabt hatten. Eine wirkliche Neuordnung war nur für diejenigen Behörden notwendig, welche weggefallen waren, und welche zu französischer Zeit ausserhalb Elsass-Lothringens ihren Sitz gehabt hatten; es waren dies das Staatsoberhaupt, der Minister, der Staatsrat.

An Stelle des französischen Staatsoberhauptes trat der deutsche Kaiser[38], daneben seit dem Gesetze vom 4. Juli 1879 für die ihm verliehenen Befugnisse der Statthalter.

[38] § 3 des Gesetzes vom 9. Juni 1871.

Minister für Elsass-Lothringen wurde zunächst der Reichskanzler [39], nach dem Gesetze vom 4. Juli 1879 für die dem Kaiser vorbehaltenen Befugnisse der Statthalter, für den dem Statthalter übertragenen Geschäftskreis der Staatssekretär.

Der französische Staatsrat hatte als verwaltungsgerichtliche Behörde in erster und letzter Instanz den recours pour excès de pouvoir und den Kompetenzkonflikt entschieden und war zweite Instanz über den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen des Ministers und des Präfekturrats gewesen. Der Rekurs gegen die Entscheidungen des Bezirksrats wurde dem Kaiserlichen Rat übertragen [40], für die übrigen verwaltungsgerichtlichen Befugnisse des französischen Staatsrats wurde ein Ersatz nicht geschaffen, auch nicht in der nach § 23 des Verwaltungsgesetzes vom 30. Dezember 1871 zulässigen vorläufigen Weise.

Die Lücke, welche in der Behördenorganisation durch Wegfall des französischen Staatsrats entstanden war, ist daher durch die Gesetzgebung nur unvollständig ausgefüllt worden.

Die Verwaltung war nicht mehr in der Lage, eine Sache, in welcher sich das Gericht für zuständig hielt, der Justiz durch Erhebung des Kompetenzkonfliktes zu entziehen; die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs fiel ganz der Justiz anheim. Zwar war durch § 9 Abs. 2 des Verwaltungsgesetzes vom 30. Dezember 1871 eine Regelung des Kompetenzkonfliktes in Aussicht genommen, doch ist diese nie erfolgt.

Gegenüber einer Ueberschreitung der Zuständigkeit und einer Verletzung der vorgeschriebenen Formen war jetzt ein geordnetes verwaltungsgerichtliches Verfahren nicht mehr möglich; Abhilfe kann nur im Wege der gewöhnlichen Beschwerde an die vorgesetzte Behörde verlangt werden.

Die Zuständigkeit des kaiserlichen Rats wurde zwar in der Folge erweitert, jedoch immer nur auf einzelne vom Gesetze

[39] § 4 eod.
[40] § 8 des Gesetzes vom 30. Dezember 1871.

besonders genannte Angelegenheiten ausgedehnt [41]. Für diejenigen Streitigkeiten, deren Entscheidung in zweiter Instanz dem kaiserlichen Rat nicht ausdrücklich verliehen war, liess das Gesetz eine Lücke, welche von der Rechtsprechung auszufüllen war.

Die Ansicht, dass in diese Lücke die ordentlichen Gerichte eingerückt seien, kann nicht gebilligt werden. Denn dies würde einen schweren Eingriff in die Selbständigkeit der Verwaltung bedeuten, der damit, dass die Staatsgewalt ihre Aufgabe, für den Ersatz einer weggefallenen Behörde zu sorgen, nur unvollkommen erfüllt hat, nicht gerechtfertigt werden kann [42].

Ganz willkürlich ist die in einer Entscheidung des Bezirksrats des Unter-Elsasses zum Ausdruck gekommene Ansicht, die nach französischem Recht in erster Instanz dem Minister zustehende Verwaltungsgerichtsbarkeit sei jetzt dem Bezirksrate übertragen, weil dadurch der Kaiserliche Rat stets als zweite Instanz zuständig werde, und das Vorhandensein einer zweiten Instanz „dem Geiste deutscher Rechtsanschauung und Gerechtigkeitsliebe entspreche“ [43].

Es bleibt nur die Möglichkeit, anzunehmen, dass diejenigen Angelegenheiten, welche weder in erster Instanz dem Bezirksrat noch durch besondere Anordnung in zweiter dem kaiserlichen Rat übertragen sind, in erster und letzter Instanz von dem Minister entschieden werden. Der Verwaltungsrechtsprechung fehlt sonach eine eigentliche Spitze, der kaiserliche Rat kann nicht als ein oberstes Verwaltungsgericht angesehen werden [44]. Die Ver-

[41] Ges. v. 13. 6. 1898 § 2. Ksl. Verordn. v. 22. 4. 02. § 4 Ksl. Verordn. v. 1. 9. 02.

[42] R.G. v. 2. 2. 1886. Jur. Zeitschr. f. E.L. XI 213.

[43] Urteil v. 21. Januar 1880. Jur. Zeitschr. f. E.L. V S. 417. Vgl. Entscheidung des kaiserlichen Rats v. 2. Dezember 1881. Jur. Zeitschr. f. E.L. VII S. 130.

[44] Entscheidung des kaiserlichen Rats v. 20. April 1902 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXVIII, S. 513. Beschluss des Reichsgerichts vom 1. Juli 1902. Entsch. in Zivils. LII S. 107.

waltungstätigkeit, welche nunmehr vom Minister bei der Entscheidung in streitigen Sachen geübt wird, kann überhaupt nicht mehr als Verwaltungsrechtspflege betrachtet werden. Denn die bisherigen Entscheidungen des Ministers waren Urteile nur wegen der dahinter zustehenden Zuständigkeit des Staatsrats, mit deren Wegfall sie die Fähigkeit, rechtskräftig zu werden, verloren haben [45].

II.

Die Trennung von Justiz und Verwaltung dem Deutschen Reiche gegenüber.

Seit der Vereinigung des elsass-lothringischen Gebiets mit dem Deutschen Reiche ist die Einheitlichkeit der Verwaltung, welche zur Zeit der französischen Herrschaft bestand, beseitigt. Mag man Elsass-Lothringen als einen besonderen Staat oder als eine Provinz des Deutschen Reichs betrachten, es gibt einen Reichsfiskus und einen Landesfiskus, es gibt Landesbehörden und Reichsbehörden. Daher tritt die Frage auf, welches Recht für die Verteilung der Zuständigkeiten und die Zulässigkeit des Rechtswegs massgebend sein soll, wenn es sich um die Rechtmässigkeit der Anordnung oder Verfügung einer Reichsbehörde oder um Ansprüche gegen das Reich handelt.

In einer Reihe von Einzelgesetzen sind besondere einheitliche Vorschriften über die Zuständigkeit getroffen [46].

I. Die Frage, was zu gelten hat, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht erfolgt ist, wird in verschiedener Weise beantwortet.

1. Nach der ersten, in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. März 1903 [47] anerkannten und als herrschend bezeichneten

---

[45] O. MAYER in STENGEL Wörterbuch II S. 750—752.

[46] Z. B. Reichsrayongesetz v. 21. Dezember 1871 (eingeführt in E.L. am 21. Februar 1872) §§ 26—29. 39. 42. Quartierleistungsgesetz v. 25. Juni 1868 (eingeführt in E.L. am 14. Juli 1871) § 17. Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 §§ 149—155.

[47] Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 54 S. 198.

Ansicht steht das Reich nicht unter einem einheitlichen Recht, hat keinen einheitlichen Gerichtsstand und ist in jedem Rechtsgebiete den Rechtsregeln unterworfen, welche die dort geltende Gesetzgebung hinsichtlich des einheimischen Fiskus aufstellt. Nach dieser Auffassung müsste eine Landesbehörde für die Frage ihrer Zuständigkeit dem Reiche gegenüber dieselben Grundsätze anwenden, welche für sie massgebend sind, wenn sie gegen den eigenen Staat angerufen wird.

2. Nach einer zweiten Ansicht ist die Regelung, welche in dem Kriegsleistungsgesetze vom 13. Juni 1873 (eingeführt am 6. Oktober 1873) gegeben ist, zu verallgemeinern. Dessen § 34 gibt nämlich eine relative Regelung der Zuständigkeiten, indem er für die Klagen aus einem Kriegsleistungsanspruche gegen das Reich diejenigen Vorschriften für anwendbar erklärt, welche für den Bundesstaat, in dessen Gebiet der Anspruch zu erfüllen ist, massgebend sein würden, wenn der Anspruch gegen ihn erhoben würde.

Diese Vorschrift erinnert daran, dass als Grundsatz des internationalen Privatrechts die Beurteilung der obligatorischen Verhältnisse nach dem Rechte des Erfüllungsortes allgemein anerkannt ist. Das Kriegsleistungsgesetz verweist für die aus Kriegsleistungen sich ergebenden Ansprüche gegen das Reich auf dasjenige Recht, welches nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts massgebend sein würde, da diese Ansprüche als obligationsähnliche zu betrachten sind. Will man aus der Anordnung des Kriegsleistungsgesetzes einen allgemeinen Grundsatz ableiten, so müsste dieser lauten: die gegen das Reich angerufene Behörde hat nach den Regeln des für sie geltenden internationalen Privatrechts das Land zu bestimmen, dessen Recht anzuwenden ist, und nach den Vorschriften, welche in diesem Lande für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Justiz und Verwaltung gelten, die Frage ihrer Zuständigkeit zu beurteilen [48].

---

[48] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II § 62. 2 S. 467.

3. Diese beiden ersten Ansichten führen zu der Folgerung, dass dem Reiche gegenüber ein verschiedenes Recht über die Zuständigkeit der Behörden und die Zulässigkeit des Rechtswegs gilt. Ein einheitliches Recht wird dem Reiche gegenüber in zwei Entscheidungen des Reichsgerichts[49] gefordert. Denn die gesetzlichen Vorschriften über die Abgrenzung der Gebiete der Justiz- und Verwaltungsbehörden gehörten dem innern Staatsrechte der einzelnen Staaten an, hingen mit dem innern Staatsorganismus zusammen und dienten namentlich dem Schutze der Ausübung der Hoheitsrechte des Staats. Das Deutsche Reich sei aber ein von den einzelnen Bundesstaaten verschiedener Staat und besitze eigene Hoheitsrechte. Wenn daher ein Anspruch gegen das Reich auf einem zu dessen Zuständigkeit gehörenden Gebiete geltend gemacht werde, seien diejenigen Normen anzuwenden, welche nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen über die Abgrenzung der Gebiete der Justiz und Verwaltung und über die Frage gegeben seien, ob es sich um einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch oder um eine Verwaltungsmassregel handle.

II. Ich vermag mich der letzteren Anschauung nicht anzuschliessen. Es ist unmöglich, allgemeine staatsrechtliche Grundsätze über die Trennung von Justiz und Verwaltung aufzustellen, wenn die Anschauungen über den Staat so grundverschieden sind, wie die französischen und die deutschen: die französische Anschauung, welche in dem Staate auch in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen regelmässig ein hoheitsrechtliches Gebilde sieht, ist ganz unvereinbar mit der deutschen Lehre, welche den Staat in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen als Fiskus den Zivilgerichten unterwirft. Wo aber keine Berührungspunkte vorhanden sind, lassen sich auch keine gemeinsamen Regeln entwickeln, und ich glaube daher, dass man sich für die erste oder die zweite Ansicht entscheiden muss.

---

[49] v. 1. Juli 1881 Entsch. in Zivils. Bd. 5 S. 40 f. v. 2. Februar 1884 Entsch. in Zivils. Bd. 11 S. 67—75.

Die erstere, nach welcher die Behörde eines Einzelstaats ihre Zuständigkeit dem Reiche gegenüber nach denselben Regeln wie ihre Zuständigkeit dem Heimatsstaate gegenüber beurteilt, hat den Vorteil der grösseren Einfachheit.

Trotzdem schliesse ich mich der zweiten Ansicht an; denn das Reich steht in einem jeden Staate wie eine ausländische Persönlichkeit da, und es ist daher richtig, wenn die Landesbehörden dem Reiche gegenüber dasjenige Recht auch für die Zuständigkeit in Anwendung bringen, auf welches ihre international-rechtlichen Bestimmungen verweisen.

III. Die Gewalt der Tatsachen wird aber vermutlich eine andere Lösung der Frage herbeiführen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts wird voraussichtlich einer Vereinheitlichung des dem Reiche gegenüber anzuwendenden Rechts zuneigen. Möglich ist, dass die staatsrechtlichen Grundsätze des führenden deutschen Staats, weil ihm die Mehrzahl der Mitglieder des Reichsgerichts angehört, dem Reiche gegenüber das Uebergewicht erlangen werden [50]. Wahrscheinlicher ist aber die Entwicklung, dass das Reichsgericht im Sinne einer Vereinheitlichung immer mehr die gerichtliche Zuständigkeit in den das Reich betreffenden Fragen bejahen wird. Auch folgert die Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Februar 1884 (Bd. 11 S. 67—75) aus der Begründung des Entwurfs zum Gerichtsverfassungsgesetze, es sei in Deutschland schon in dem Jahrzehnte vor Gründung des Deutschen Reichs das Bewusstsein wach geworden, dass die Gerichte berufen seien, vermögensrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, auch wenn Normen des öffentlichen Rechts anzuwenden seien. Denn ihre unabhängige Stellung, Rechtskenntnis und Uebung in der praktischen Rechtsanwendung gebe die denkbar grösste Garantie für eine objektiv gehaltene, sachgemässe Entscheidung. Das Ansehen des Reichsgerichts wird daher vermutlich eine Ausdehnung der gerichtlichen Zuständigkeit dem Reiche gegenüber herbeiführen.

---

[50] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II § 62 Anm. 24. I § 16 Anm. 10.

III.

Versuche einer anderweitigen Verteilung der Zuständigkeiten vor Erlass der Reichsjustizgesetze.

Als die elsass-lothringischen Behörden zum grössten Teile mit Beamten besetzt wurden, welche ihre juristische Schulung ausserhalb Frankreichs erhalten hatten, machte sich ganz unwillkürlich das Bestreben geltend, dem deutschen Rechte Eingang in Elsass-Lothringen zu verschaffen.

Bei der rentrée des Appellationsgerichts Colmar vom 1. Oktober 1873 berichtete der Generalprokurator SCHNEEGANS über einen bereits dem Reichskanzler vorgelegten Gesetzesentwurf, durch den gewisse „zweifellos der Justiz gehörige Materien" dieser wieder zugewendet werden sollten [51]. Der Generalprokurator führte aus, bei der Regelung der Zuständigkeiten sei der Begriff der Unabhängigkeit beider Behörden falsch gegriffen worden, da jeder Behörde verboten sei, nicht nur über die Akte der andern, sondern auch über die aus diesen Akten hervorgehenden Streitigkeiten zu erkennen und die Akte auszulegen. Die aus Verträgen entspringenden privatrechtlichen Streitigkeiten gehörten, auch wenn der Staat beteiligt sei, naturgemäss zum Gebiete der Justiz und sollten durch das in Aussicht genommene Gesetz den Gerichten zugewiesen werden. Allerdings habe der Staat mitunter in hohem Masse ein Interesse an der Erfüllung dieser Verträge. Aber diesem werde genügt, wenn der Staat, wie im Entwurfe vorgesehen sei, mit der provisorischen Exekutive beliehen werde. Die Frage, ob durch einen Verwaltungsakt Privatrechte verletzt worden seien und hierfür Entschädigung geschuldet sei, enthalte keine Kritik des Verwaltungsakts, sondern sei eine rein privatrechtliche Geldfrage und es sei daher richtig, dass der Entwurf diese den Gerichten zuweise. Endlich sei es widersinnig, dass den Gerichten, denen die Auslegung von Gesetzen, Verordnungen und Urkunden

[51] Zeitschr. f. franz. Zivilrecht IV S. 149.

zustehe, die Auslegung von Verwaltungsakten verschlossen sei, zumal da die Wirkung dieser Auslegung über den konkreten Fall nicht hinausgehe; das in Aussicht genommene Gesetz wolle daher die Auslegung von Verwaltungsakten der Justiz zuweisen.

Dieser Entwurf ist nicht Gesetz geworden, namentlich weil man der bevorstehenden Reichsjustizgesetzgebung nicht vorgreifen wollte. Es wurde vielleicht erwartet, dass durch diese das Verhältnis der beiden Behörden ganz neu geregelt werden würde. Tatsächlich hat die Reichsjustizgesetzgebung auch auf die Verteilung der Zuständigkeiten Einfluss gehabt, aber lange nicht in dem Masse, in welchem der Entwurf des Generalprokurators, falls er Gesetz geworden wäre, eine Aenderung herbeigeführt haben würde.

IV.

Der Einfluss der Reichsjustizgebung und der durch sie veranlassten Landesgesetzgebung.

1. Die Grundlagen.
(§ 13 G.V.G.—§ 4 E.G. z. G.V.G.)

Es hätte nahe gelegen, durch die Reichsjustizgesetzgebung nicht nur die Zuständigkeit im Schosse der Justiz zu regeln, sondern auch in einer für das ganze Reich verbindlichen Weise zu bestimmen, wann die Justiz zur Entscheidung berufen sein solle und dadurch ihr Gebiet der Verwaltung gegenüber einheitlich abzugrenzen.

Der Entwurf nahm aber von einer gemeinsamen Regelung der Zuständigkeit der Gerichte Abstand und begründete dies damit, dass die Zuständigkeitsfrage mit dem inneren Staatsrechte der einzelnen Staaten in unlösbarer Verbindung stehe und dass das Gerichtsverfassungsgesetz es sich versagen müsse, in den Staatsorganismus der Einzelstaaten einzugreifen, vielmehr die bestehenden Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung aufrecht erhalten wolle [52].

[52] Hahn, Materialien zum G.V.G. I S. 47.

Die zur Beratung des Entwurfs eingesetzte Kommission erkannte auch, dass die in ihrem Schosse namentlich von dem Abgeordneten Bähr zum Ausdruck gebrachten auf Vereinheitlichung gerichteten Bestrebungen [53] auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen würden. Die Bestimmung des Entwurfs (§ 2), dass die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen den Rechtsweg ausschliesst, wurde Gesetz (§ 13 G.V.G.); ihre Ergänzung war aus den über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte bestehenden verschiedenen landesrechtlichen Regeln zu entnehmen.

Das Gebiet der Justiz sollte demnach keine Erweiterung auf Kosten der Verwaltung erhalten. Andererseits wurde es auch nicht eingeschränkt. Den ordentlichen Gerichten wurde durch § 4 E.G. z. G.V.G. ihre durch die Landesgesetzgebung begründete Zuständigkeit in Verwaltungsstreitsachen belassen; nur Gegenstände der Verwaltung, welche keine Rechtsprechung enthielten, durften ihnen mit Ausnahme der Justizverwaltung fortan nicht mehr übertragen werden.

Den elsass-lothringischen Gerichten ist daher ihre Zuständigkeit in allen denjenigen Fällen, welche als Ausnahmen von der Selbständigkeit der Verwaltung bezeichnet worden sind, erhalten geblieben; denn in ihnen allein ergeht eine Rechtsprechung.

Eine Streitfrage erhebt sich nur für die Enteignung. Otto Mayer nimmt an [54], dass eine Mitwirkung der Gerichte in Enteignungssachen nicht mehr zu Recht bestehe, weil das Enteignungsurteil weder dem Gegenstande noch der Form nach ein Akt der Gerichtsbarkeit sei. Darauf ist zu entgegnen, dass das Gericht zwar, wenn die für die Enteignung vorgeschriebenen Formen erfüllt sind, das Enteignungsurteil erlassen muss, dass es aber doch nachzuprüfen hat, ob diese Formen beobachtet sind. Durch

[53] Hahn, Materialien zum G.V.G. I 672—681.
[54] Theorie des franz. Verwaltungsrechts § 36 Anm. 14 S. 241.

das Erfordernis der Nachprüfung wird das Enteignungsurteil ebenso zu einem Akte der Rechtsprechung wie das Urteil, welches eine Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung für zulässig erklärt (art. 290 C. c.). Die Enteignung ist daher der Justiz erhalten geblieben, und es hat das Gebiet der Justiz in Elsass-Lothringen durch das Gerichtsverfassungsgesetz weder eine Erweiterung erlangt noch eine Einschränkung erfahren.

2. Die Bedeutung des § 4 E.G. z. C.P.O.

I. In der Kommission hatte der Abgeordnete v. Puttkamer, der spätere Staatssekretär von Elsass-Lothringen, es für geboten erklärt, „in Elsass-Lothringen in der Entziehung von Streitsachen von den Gerichten vorsichtig zu sein und sich nicht in Widerspruch mit dem zu setzen, was in Deutschland gewissermassen gemeinen Rechts sei.“ Zu diesem Zwecke hatte er die Aufnahme einer besonderen, auf die elsass-lothringischen Verhältnisse gemünzten Bestimmung beantragt, welche als § 4 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung Recht geworden ist:

> „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden“.

Durch diese Anordnung sollte nach der Absicht ihres Verfassers dem Staate die Möglichkeit genommen werden, Prozesse, „bei denen er beteiligt sei, einer besonderen Gerichtsbarkeit lediglich aus diesem Grunde zu überweisen, während Prozesse über den gleichen Rechtsstoff zwischen Privaten vor die Gerichte gehörten (z. B. Streitigkeiten aus Verdingungen öffentlicher Arbeiten oder aus öffentlichen Lieferungen)“ [55]. Die Bestimmung des § 4

[55] Hahn, Materialien I S. 677.

E.G. z. C.P.O. kann aber für Elsass-Lothringen nur dann eine Bedeutung erlangt haben, wenn dort wirklich Prozesse den Gerichten lediglich aus dem Grunde entzogen waren, weil Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft Partei waren. Diese Bedingung ist nicht erfüllt. Grund eines Ausschlusses des Rechtsweges ist niemals die Beteiligung des Staats oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, sondern lediglich das Interesse der Verwaltung und ihre Unabhängigkeit von der Justiz; den Gerichten ist nicht verboten, den Staat als Schuldner zu erklären, wohl aber, Verwaltungsakte auszulegen und zu kritisieren [56]. Der Abgeordnete v. Puttkamer und die Reichstagskommission waren bei Abfassung des § 4 E.G. z. C.P.O. in deutsch-rechtlichen Anschauungen befangen, nach welchen der Fiskus als eine vom hoheitlichen Begriffe des Staats vollständig getrennte vermögensrechtliche Person gilt, welche den ordentlichen Gerichten unterworfen ist. Sie erkannten nicht, dass nach französischem Recht der Staat, auch wenn er als Inhaber von Vermögensrechten in Betracht kommt, regelmässig seine hoheitliche Natur hervorkehrt und diese nur dann ablegt, wenn er sich ausnahmsweise dem Zivilrechte unterwirft. Es wurde von ihnen übersehen, dass ein Rechtsstreit, welcher aus einer unter Hervorhebung der hoheitlichen Natur der Verwaltung vorgenommenen Handlung entsteht, nicht nach Gegenstand und Art ein bürgerlicher ist und vor die ordentlichen Gerichte gehört, da eine derartige Handlung niemals von einem Privatmanne hätte ausgehen können. Um für Elsass-Lothringen dem § 4 E.G. z. C.P.O. Bedeutung zu verleihen, hätte man den dort geltenden Grundsatz von der Selbständigkeit der Verwaltung beseitigen müssen; dieser Grundsatz ist aber durch die Reichsgesetzgebung (§ 13 G.V.G.) aufrecht erhalten worden.

Nur eine Einschränkung ist erforderlich. Es ist bereits oben behandelt worden, dass die Rechtsprechung des Staatsrats über die

[56] Protokolle der Kommission des Appellationsgerichts Colmar betr. Einführung der Reichsjustizgesetze (1877) S. 17.

Zuständigkeit des Präfekturrats in den die Veräusserung von Staatsgut betreffenden Streitigkeiten nicht unangefochten geblieben ist. Ob diese Rechtsprechung richtig oder falsch war, braucht nicht erörtert zu werden, denn sie lässt sich jedenfalls § 4 E.G. z. C.P.O. gegenüber nicht aufrecht erhalten. Die Beurteilung der Veräusserung von domaines nationaux, der eingezogenen Güter der Emigranten, welche den Präfekturräten zugewiesen worden war, hatte allerdings eine hohe politische Bedeutung gehabt. Bei der Veräusserung von anderem Staatsgut trat der Staat dagegen als simple particulier auf, und die Rechtsprechung des Staatsrats begründete, da Veräusserungen von Emigrantengut nicht mehr zur Sprache kommen konnten, ein privilegium fisci, welches mit § 4 E.G. z. C.P.O. nicht vereinbar ist [57].

Die Verschiebung der zwischen Justiz und Verwaltung bestehenden Grenzen, welche durch die Reichsjustizgesetzgebung in § 13 G.V.G. abgelehnt und auch durch § 4 E.G. z. C.P.O. nicht herbeigeführt worden war, konnte durch die Landesgesetzgebung erfolgen.

Die elsass-lothringische Regierung erklärte in der Begründung einer Vorlage, es sei nicht Aufgabe der Landesgesetzgebung, den Sinn des § 4 E.G. z. C.P.O. festzulegen, es müsse vielmehr der Rechtsprechung überlassen werden, dessen Einfluss auf die in Elsass-Lothringen über die Zuständigkeit der Verwaltung geltenden Regeln zu bestimmen [58]. Der Entwurf der Regierung, der als § 8 A.G. z. G.V.G. Gesetz geworden ist, sollte nur in gewissen „praktisch wichtigen“ Angelegenheiten eine Erweiterung der gerichtlichen Zuständigkeit auf Kosten des Bezirksrats herbeiführen. Durch Absatz 1 des § 8 A.G. z. G.V.G. wurden die gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben, durch welche die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden in den Rechts-

[57] LEONI, Verfassungsrecht v. E.L. § 44 S. 121. O. MAYER in STENGEL, Wörterbuch: Verwaltungsgerichtsbarkeit in E.L. II S. 750—752.

[58] Vorlage No. 4 zur V. Session des Landesausschusses (1878) zu § 8.

streitigkeiten aus Verträgen zwischen der Verwaltung und Unternehmern öffentlicher Arbeiten oder Lieferungen (art. 4 al. 2 Ges. v. 28 pluv. VIII) und zwischen Syndikatsgenossenschaften und den Unternehmern ihrer Arbeiten begründet war. Nach Absatz 2 hatte das Gleiche zu gelten von der Bestimmung des art. 4 al. 3 des Gesetzes vom 28 pluv. VIII betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Schadensersatzklagen gegen den Unternehmer öffentlicher Arbeiten oder Lieferungen.

An diese Vorschriften knüpfen sich verschiedene Streitfagen:

1. Otto Mayer[59] weist darauf hin, dass die in § 8 A.G. z. G.V.G. bezeichneten Angelegenheiten zwar den Bezirksräten entzogen, nicht aber ausdrücklich der Verwaltung genommen und den Gerichten zugewiesen worden seien. Er folgert hieraus, dass sie der Verwaltung verblieben seien und nunmehr den ordentlichen Weg der Verwaltungsrechtspflege zum Minister gehen müssten.

Dies widerspricht aber dem Inhalte der folgenden Paragraphen: § 9 lässt in den in § 8 Abs. 1 bezeichneten Angelegenheiten einstweilige Anordnungen der Verwaltungsbehörden bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zu; § 10 spricht von den am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes bei der Verwaltung anhängigen Sachen, für welche der Rechtsweg eröffnet worden ist.

Es ist daher anzunehmen, dass an Stelle der Bezirksräte die Gerichte getreten sind.

2. Für die weitere Frage ist der Wortlaut des von § 8 Abs. 2 A.G. z. G.V.G. besonders erwähnten art. 4 al. 3 des Gesetzes vom 28 pluviose VIII von Bedeutung: „le conseil de préfecture prononcera sur les réclamations des particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration".

In Frankreich nimmt Rechtsprechung und Rechtslehre an, dass den Worten „et non du fait de l'administration" der Sinn

---

[59] Theorie des französischen Verwaltungsrechts § 18 Anm. 4.

zu geben sei „bien que ce ne soit du fait de l'administration" und dass daher die Präfekturräte auch über die den Staat betreffenden Schadensersatzklagen zu entscheiden hätten. Dass auch für diese letzteren Klagen der Rechtsweg zulässig geworden sei, nahm die Kommission des Landesausschusses an, welche über die Ausführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen zu beraten hatte [60]. Ihre Ansicht ist unrichtig, da der Absatz 2 des § 8 A.G. f. G.V.G. die Zuständigkeit des Präfekturrats nicht für den ganzen nach der Rechtsprechung zu bestimmenden Umfang des art. 4 al. 3 des Gesetzes vom 28 pluviose VIII, sondern nur für die bestimmt bezeichneten Schadensersatzklagen gegen die Unternehmer aufgehoben hat.

III. Es erübrigt noch, zu besprechen, welche Bedeutung die Entscheidungen der Gerichte dem § 4 E.G. z. C.P.O. beigelegt haben. Die Frage nach seinem Einflusse kam auf dem Gebiete der gegen Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaft gerichteten Entschädigungsklage zum Austrage. Hier trat eine nach dem Klagegrunde verschiedene Behandlung ein:

1. War von dem Kläger geltend gemacht worden, dass die Haftung auf Grund des art. 1384 C. c. durch das Verschulden eines bestimmten Beamten herbeigeführt worden sei, so bedurfte es nicht erst eines Hinweises auf § 4 E.G. z. C.P.O., um die Zuständigkeit des Gerichts zu folgern. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs hatte sich die Rechtsprechung des Kassationshofs entschieden, der die elsass-lothringischen Gerichte sich unbedenklich und in einer seltenen Uebereinstimmung anschlossen [61]. Nur einmal hatte das Oberlandesgericht Colmar den entgegengesetzten

[60] Kommissionsbericht, Verhandlungen des Landesausschusses 1878. II S. 122.

[61] R.G. v. 17. 6. 87. Jur. Zeitschr. f. E.L. XII, 441. R.G. v. 21. 2. 88. Jur. Zeitschr. f E.L. XIII, 248 — Fälschung eines Wechselaccepts durch den mit seiner Einholung beauftragten Postboten. — R.G. v. 8. 12. 82 Jur. Zeitschr. f. E.L. XII 92 — Tötung eines Holzfrevlers durch einen Förster. — O.L.G. Colmar v. 18. 7. 95 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXI, 78, R.G. v. 1. 1. 96 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXI 529. O.L.G. v. 30. 3. 96, Jur. Zeitschr. f. E.L. XXI 529. R.G. v. 25. 9. 96

Standpunkt eingenommen und ausgeführt, das Verhältnis zwischen dem Staate und seinen Beamten lasse sich nicht nach zivilrechtlichen Grundsätzen beurteilen [62]. Aber sofort erkannte das Reichsgericht dagegen, die Frage, ob eine dritte Person für die Verbindlichkeit einer andern aus Delikten hafte, sei privatrechtlicher Natur, und somit stehe nichts im Wege, den art. 1384 C. c. auf die Haftung des Staats, der nur in seiner vermögensrechtlichen Seite in Betracht komme, anzuwenden [63].

Dass die Auffassung des Kassationshofs und der ihm folgenden elsass-lothringischen Gerichte auf falschen Voraussetzungen beruht, ist bereits nachgewiesen.

2. Wenn die Klage weder auf ein Verschulden eines bestimmten Beamten noch auf eine Pflichtwidrigkeit der Verwaltung, sondern auf die gesetzlich zulässige Beeinträchtigung eines Privatrechts durch den staatlichen Betrieb gegründet wurde, leiteten die reichsländischen Gerichte ihre Zuständigkeit daraus her, dass die für ihre Tätigkeit nach dem französischen Recht gezogenen Grenzen durch § 4 E.G. z. C.P.O. erweitert worden seien. Es

Jur. Zeitschr. f. E.L. XXI 529 — Tötung eines Fuhrmanns infolge Scheuwerdens seiner Pferde vor einer von dem Wegemeister bestimmungswidrig stehen gelassenen Dampfwalze. — O.L.G. Colmar v. 22. 6. 83, Jur. Zeitschr. f. E.L. IX 154. R.G. v. 26. 2 84, Jur. Zeitschr. f. E.L. IX 154. — Ertrinken eines an einer Schiffbrücke beschäftigten Arbeiters infolge der von dem Wasserbaubeamten versäumten Anbringung von Rettungsgerät. — O.L.G. Colmar v. 1. 4. 84, Jur. Zeitschr. f. E.L. IX 273 — Verletzung eines beim Neubau einer Besserungsanstalt beschäftigten Arbeiters infolge der unter Aufsicht eines Gefängnisaufsehers erfolgenden Verwendung der unzureichenden Kräfte von Anstaltszöglingen und ungeeigneter Werkzeuge. — O.L.G. Colmar v. 22. 12. 86, Jur. Zeitschr. f. E.L. XII 318. R.G. v. 29. 4. 87, Jur. Zeitschr. f. E.L. XII 318 — Verletzung eines in Aussenarbeit beschäftigten Strafgefangenen durch Versäumung der Sicherungsmassregeln, deren Anwendung dem Aufseher oblag. — O.L.G. Colmar v. 3. 1. 96 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXI 308 — Scheuwerden von Pferden bei einer Uebung mit Platzpatronen. — O.L.G. Colmar v. 9. 1. 88 Jur. Zeitschr. f. E.L. XIII 123 — Tötung eines Unbeteiligten durch eine von Unteroffizieren requirierte Patrouille.

[62] Urt. v. 8. 5. 82, Jur. Zeitschr. f. E.L. XII 89.

[63] Urt. v. 8. 12. 82, Jur. Zeitschr. f. E.L. XII 92.

wurde ausgeführt, das Verlangen einer Entschädigung in Geld enthalte nichts, was geeignet sei, die Verwaltung in der ihr gestellten Aufgabe zu hemmen; der Richter mische sich dadurch, dass er über ein solches Verlangen entscheide, nicht in die Verwaltung ein und gewähre durch das Zusprechen einer solchen Klage nur gegen die privatrechtlichen Folgen eines Aktes der Verwaltung Abhülfe; vom Gesichtspunkte des Klägers aus betrachtet, gehöre der Anspruch dem Umfange und der Art nach zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, und nach französischem Recht sei eine derartige Klage den Gerichten nur deshalb entzogen gewesen, weil es den Gerichten nicht erlaubt gewesen sei, den Staat als Schuldner zu erklären; diese Beschränkung sei durch § 4 E.G. z. C.P.O. beseitigt worden [64].

Bei dieser Rechtsprechung ist der Fehler begangen worden, Vermögensrecht als mit Zivilrecht gleichbedeutend zu halten; der Satz, dass der vermögensrechtliche Teil des Zivilrechts möglicherweise auf den Staat Anwendung finden kann, ist dahin verunstaltet worden, dass der Staat überall dem Zivilrechte unterliege, wo Vermögen, Geld und Geldeswert bei seiner Tätigkeit in Frage sind [65].

[64] L.G. Colmar v. 4. 2. 82. Jur. Zeitschr. f. E.L. VII 185 — Eindringen von Wasser in einen Keller infolge von Erhöhung einer Strasse. — L.G. Zabern v. 20. 10. 84 eod. X. 112. O.L.G. Colmar v. 16 10. 85 eod. XI, 20. R.G. v. 1. 6. 86 eod. XI, 346. — Erschwerung des Zugangs zu einer Strasse durch Anlegung einer Strassenbahn. — L.G. Saargemünd v. 27. 10. 84 eod. X, 268. — Durch Anlegung eines Bahndammes wird einem Hause Luft und Licht entzogen. — O.L.G. Colmar v. 17. 6. 91 eod. XVII 25 — Erschwerung der Benutzung einer Strasse und Feuchtwerden eines Hauses durch Höherlegung der Strasse. — O.L.G. v. 31. 12. 86 eod. XII 190 — Erschwerung der Befahrung eines Leinpfads durch Tieferlegung. — L.G. Strassburg v. 4. 6. 89 eod. XV 325 — Beschränkung eines Mühlenbetriebs durch die Anordnung, dass im Interesse der öffentlichen Gesundheit an gewissen Tagen die Stauhöhe sinken zu lassen sei. — O.L.G. Colmar v. 20. 2. 99 eod. XXIV 351. — Beschattung eines Gartens durch Errichtung einer Stützmauer für den Eisenbahnbetrieb. — R.G. v. 25. 6. 97 und v. 11. 2. 98 eod. XXII 193 — Schliessung eines Bahnübergangs. —

[65] OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I § 11 S. 138.

3. Den Standpunkt, dass der Rechtsweg unzulässig sei, vertreten die elsass-lothringischen Gerichte nur in dem einzigen Falle, dass die Klage nicht auf das Verschulden eines bestimmten Beamten begründet wurde, sondern darauf, dass die Verwaltung als solche ihre Verpflichtung, die zur Vermeidung von Schaden erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, verletzt habe. Es wurde erkannt, dass das Gericht in einem solchen Prozesse sich unmittelbar mit einem Verwaltungsakte zu befassen und ihn nachzuprüfen habe, und dass die Verurteilung des Staats die Feststellung einer Pflichtverletzung der Verwaltung voraussetze und eine Kritik der Führung der Verwaltung enthalte [66].

3. Präjudizielle Verwaltungsfragen.

Bisher ist erörtert worden, dass die durch das französische Recht begründete Beschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit für Klagen gegen den Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaften im wesentlichen erhalten geblieben ist. Eine Beschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit war nach französischem Recht ferner in Prozessen, für welche der Rechtsweg zulässig war, für die Beurteilung derjenigen Verwaltungsakte begründet, welche für die Entscheidung von präjudicieller Bedeutung waren: die Feststellung des Sinns und Inhalts eines solchen Verwaltungsakts war der Verwaltung zu überlassen. Die Reichsjustizgesetzgebung hat die Behandlung der in einem Prozesse auftretenden präjudiziellen Verwaltungsfragen für Zivilprozess und Strafprozess in verschiedener Weise geregelt.

I. Für den Zivilprozess bestimmt § 148 (139) C.P.O.:

[66] O.L.G. Colmar v. 28. 9. 98. Jur. Zeitschr. f. E.L. XXIV, 132 — Zerstörung eines Anwesens durch Entzündung der in einem Zeughaus aufbewahrten Sprengkörper. — O L.G. v. 10. 11. 90 u. R G. v. 10. 2. 91 eod. XVI, 202. O.L.G. v. 18. 12. 01 (bestätigt durch R G.) eod. XXVI, 315. O.L.G. eod. XXVIII, 138 u. R G. Zivils. Entsch. LII 369 — Ertrinken von Pferden und Pferdeburschen infolge von unzureichender Abgrenzung des Wasserlaufs oder der gefährlichen Wasserstelle.

„Das Gericht kann, wenn die Ents ... ... meht
streits ganz oder zum Teil von dem ... Vor-
bestehen eines Rechtsverhältnisses abhär ... rden
von einer Verwaltungsbehörde festzustell ... Ein-
die Verhandlung .... bis zur Entscheic ... -m
behörde auszusetzen sei.“

OTTO MAYER[67] nimmt an, diese Bestim
Lothringen keine Bedeutung, da es kein
mehr gebe, welche die streitige Auslegu
Darauf ist zu erwidern, dass nur der nacl
gegen die Auslegung zulässige Rechtsweg z
worden ist, dagegen die Behörde, welche
Auslegung vorzunehmen hat, nicht in Weg
dies diejenige Behörde ist, welche den A
Aenderung des Rechtszustands besteht dari
statt wie nach französischem Recht in erst
und letzter Instanz entscheidet.

Weiter stellt sich die Frage ein: wi
C.P.O. eine Befugnis des Zivilrichters beg
brauch zu machen in seinem freien Beliebe
landesgesetzlichen Vorschriften über eine V
richters zu einer Aussetzung bestehen ge
Stelle des Aussetzungsrechts eine Aussetzu
solche durch das Landesrecht begründet w

Da der Wortlaut beide Auslegungen
zurückgegangen werden, dass die Reichsju
Eingriff in die materiellrechtlichen Besti
Staatsrechts der Einzelstaaten vermeiden v
Uebergang der Entscheidung der präjudiziel

[67] Theorie des franz. Verw.rechts § 56 Anm. 1

[68] Dieser letzteren Ansicht GAUPP-STEIN (4. Au
Anhang zu GAUPP-STEIN zu § 139. LEONI Ver
Anm. 5 S. 106.

tande nach, sondern
ei und steht materiell
chen der Erbe des
er Klage entgegen-
d dessen Gestaltung
en Kommission ab-

Bezirk bei den alten
1838 belassen, aber
troffen.
Gemeindeordnung

rmeister ohne vor-
n. In allen andern
Grund eines durch
ratsbeschlusses auf-
6, Ausnahme § 69).
die Erfüllung dieser
äsidenten eine die
Denkschrift einzu-
er keine Vorschrift
nicht die ausdrück-
führung erfolgt ist,
erden kann; daher
zu beurteilen, ob die
schrift vergangen ist,
ng der gegen die Ge-
hen.
eltende Bestimmung des
t durch § 1 Z. 11 des
1899 beseitigt und durch



„Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches ...... von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung .... bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei."

OTTO MAYER[67] nimmt an, diese Bestimmung habe für Elsass-Lothringen keine Bedeutung, da es keine Verwaltungsbehörde mehr gebe, welche die streitige Auslegung vornehmen könne. Darauf ist zu erwidern, dass nur der nach französischem Recht gegen die Auslegung zulässige Rechtsweg zum Staatsrat beseitigt worden ist, dagegen die Behörde, welche in erster Instanz die Auslegung vorzunehmen hat, nicht in Wegfall gekommen ist, da dies diejenige Behörde ist, welche den Akt erlassen hat. Die Aenderung des Rechtszustands besteht darin, dass diese Behörde, statt wie nach französischem Recht in erster, nunmehr in erster und letzter Instanz entscheidet.

Weiter stellt sich die Frage ein: wird durch § 148 (139) C.P.O. eine Befugnis des Zivilrichters begründet, von der Gebrauch zu machen in seinem freien Belieben steht, oder sind die landesgesetzlichen Vorschriften über eine Verpflichtung des Zivilrichters zu einer Aussetzung bestehen geblieben, und tritt an Stelle des Aussetzungsrechts eine Aussetzungspflicht, wenn eine solche durch das Landesrecht begründet war?[68].

Da der Wortlaut beide Auslegungen zulässt, muss darauf zurückgegangen werden, dass die Reichsjustizgesetzgebung einen Eingriff in die materiellrechtlichen Bestimmungen des innern Staatsrechts der Einzelstaaten vermeiden wollte, dass aber der Uebergang der Entscheidung der präjudiziellen Verwaltungsfragen

---

[67] Theorie des franz. Verw.rechts § 56 Anm. 14 S. 386.

[68] Dieser letzteren Ansicht GAUPP-STEIN (4. Aufl.) § 148 II. B. MICHAELIS Anhang zu GAUPP-STEIN zu § 139. LEONI Verfassungsrecht v. E.L. § 40 Anm. 5 S. 106.

von der Verwaltung auf die Justiz einen derartigen Eingriff enthalten würde. Es muss daher angenommen werden, dass § 148 C.P.O. die landesrechtlichen Vorschriften über die Verpflichtung des Zivilrichters zur Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung der präjudiziellen Verwaltungsfrage durch die Verwaltung nicht beseitigt hat.

II. Eine andere Regelung ist für den Strafprozess getroffen.

Ueber das Ergebnis der Beweisaufnahme hat das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden (§ 260 St.P.O.), und der Richter hat im Strafprozesse verwaltungsrechtlichen Verhältnissen gegenüber nicht die ihm durch § 261 St.P.O. bürgerlichen Rechtsverhältnissen gegenüber verliehene Befugnis, die Verhandlung auszusetzen und eine Zivilklage oder ein Zivilurteil abzuwarten. Der Strafrichter ist berechtigt und verpflichtet, die einschlagenden Fragen des öffentlichen Rechts seiner selbständigen, von etwaigen Entscheidungen und Meinungsäusserungen der Verwaltung unabhängigen Beurteilung zu unterziehen [69]. Die Vorschrift des § 260 St.P.O. enthält eine Aenderung des bisherigen Rechtszustands.

4. Das Erfordernis der Einreichung einer Denkschrift bei Klagen gegen Staat, Bezirk und Gemeinde.

I. Die Vorschrift, dass der Klage gegen Staat, Bezirk und Gemeinde die Einreichung einer Denkschrift vorauszugehen hat, enthält nicht einen Ausschluss des Rechtswegs, sondern führt nur eine Verzögerung und Erschwerung der Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, herbei; sie wird daher durch § 4 E.G. z. C.P.O. nicht

[69] R.G. v. 29. 1. 85. Entsch. Strafs. XII 1. R.G. v. 28. 11. 87 Entsch. Strafs. XVII 21. R.G. v. 31. 1. 95, Jur. Zeitschr. f. E.L. XX, 302. O.L.G. Colmar v. 25. 4. 85 Jur. Zeitschr. f. E.L. X, 440. Leoni, Verfassungsrecht S. 106. Löwe, St.P.O. § 261 Anm. 9.

betroffen. Streitig ist, ob das Erfordernis der Denkschrift nicht durch § 14 E.G. z. C.P.O., welcher die prozessrechtlichen Vorschriften des Landesrechts ausser Kraft setzt, beseitigt worden ist [70]. Die Vorschrift, durch welche das Erfordernis der Einreichung einer Denkschrift begründet wird, gehört aber nicht dem Prozessrechte, sondern dem materiellen Rechte an, da sie nicht bestimmt, was in einem anhängigen Prozesse, sondern was vor Einleitung eines solchen zu geschehen hat [71].

Wenn man sich daher dafür entscheiden muss, dass die Vorschrift durch die Reichsjustizgesetzgebung nicht berührt worden ist, tritt die weitere Frage auf nach der juristischen Natur des von der Verwaltung geltend gemachten Einwandes, dass dem Erfordernisse der Denkschrift nicht genügt sei.

Das Oberlandesgericht Colmar [72]) behandelt diesen Einwand als eine prozesshindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Die notwendige Folge dieser Auffassung wäre gewesen, die Vorschrift des Erfordernisses der Denkschrift, weil ihre Nichtbeobachtung den Rechtsweg allein wegen der subjektiven Beteiligung des Staats, des Bezirks und der Gemeinde unzulässig macht, als durch § 4 E.G. z. C.P.O. aufgehoben zu betrachten. Diesen Schluss hat das Oberlandesgericht aber nicht gezogen.

Als prozesshindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs kann nur ein Einwand betrachtet werden, durch welchen geltend gemacht wird, dass wegen des Anspruchs die Anrufung der ordentlichen Gerichte um deswillen nicht statthaft sei, weil der Rechtsstreit nicht in das Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit falle [73]. Der Einwand, dass dem Erfordernisse der Denkschrift nicht genügt sei, hat aber einen andern Inhalt. Er geht

---

70 OTTO MAYER (Theorie des franz. Verw.rechts S. 397) nimmt die Beseitigung der Vorschrift an.

71 R.G. v. 8. 2. 87 Entsch. Zivils. XVII, 416.

72 Urteil v. 11. 6. 86. Jur. Zeitschr. f. E.L. XI, 376. Urteil v. 20. 6. 94. Jur. Zeitschr. f. E.L. XIX, 541. Vgl. SEUFFERT (5. Aufl.) § 247 II 5.

73 GAUPP-STEIN § 274 III No. 2.

nicht darauf, dass die Klage ihrem Gegenstande nach, sondern nur darauf, dass sie zur Zeit nicht statthaft sei und steht materiell und prozessual dem Einwande gleich, welchen der Erbe des Schuldners vor Annahme der Erbschaft einer Klage entgegenzusetzen berechtigt ist (§ 1958 B.G.B.) und dessen Gestaltung als prozesshindernde Einrede von der zweiten Kommission abgelehnt worden ist [74].

II. Das neuere Recht hat es für den Bezirk bei den alten Bestimmungen des art. 37 Ges. v. 10. Mai 1838 belassen, aber für Gemeinde und Staat eine Neuregelung getroffen.

1. Für die Gemeinde besteht nach der Gemeindeordnung vom 6. Juni 1895 folgender Zustand:

Dringende Besitzklagen kann der Bürgermeister ohne vorherige Ermächtigung des Gemeinderats erheben. In allen andern Fällen kann die Gemeinde vor Gericht nur auf Grund eines durch den Bezirkspräsidenten genehmigten Gemeinderatsbeschlusses auftreten (§ 56 Abs. 1 Z. 15 — § 75 Abs. 1 Z. 6, Ausnahme § 69). Wer die Gemeinde verklagen will, hat, damit die Erfüllung dieser Erfordernisse möglich wird, dem Bezirkspräsidenten eine die Gründe seines Anspruchs auseinandersetzende Denkschrift einzureichen (§ 56 Abs. 2). Es besteht jetzt aber keine Vorschrift mehr über die Zeit, nach deren Ablauf, wenn nicht die ausdrückliche Zulassung der Gemeinde zur Prozessführung erfolgt ist, gegen sie ein Versäumnisurteil genommen werden kann; daher hat jetzt das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen, ob die Zeit, welche seit der Vorlegung der Denkschrift vergangen ist, genügt hat, um der Verwaltung die Prüfung der gegen die Gemeinde erhobenen Ansprüche zu ermöglichen.

2. Die für Klagen gegen den Staat geltende Bestimmung des Tit. III art. 15 Ges. v. 5. Nov. 1790 ist durch § 1 Z. 11 des Aufhebungsgesetzes vom 29. November 1899 beseitigt und durch

---

[74] Planck § 1958 Anm. 2.

§ 2 A.G. z. C.P.O. u. K.O. v. 13. November 1899 ersetzt worden. Hiernach ist die Erhebung einer Klage gegen den Fiskus nur zulässig, wenn vorher eine den Anspruch begründende Denkschrift eingereicht und hierauf seitens der den Staat vertretenden Behörde entweder ein abschlägiger oder binnen Monatsfrist kein Bescheid ergangen ist.

5. Das Strassenwesen.

Eine eigentümliche Vermengung verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Gesichtspunkte hatte dazu geführt, die Aburteilung der strafbaren Handlungen und die Anordnung der Beseitigung vorschriftswidriger Bauten in Ansehung des grossen Strassenwesens den Präfekturräten, auf dem Gebiete des kleinen Strassenwesens den Gerichten zu übertragen.

I. Zunächst war durch Art. XII E.G. z. Stgb. die Strafgewalt der Gerichte auch auf die grande voirie ausgedehnt worden. Hierdurch erlangte der Strafrichter gemäss art. 161 C. d'instr. crim. die Befugnis, zugleich mit einem Strafe aussprechenden Erkenntnisse die Beseitigung der vorschriftswidrigen Bauten zu verfügen. Diese Anordnung blieb den Präfekturräten nur insoweit vorbehalten, als der Strafrichter von seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht hatte, oder ein Strafverfahren überhaupt nicht stattfand.

II. Seit Einführung der Strafprozessordnung war der Strafrichter nur noch im Falle einer Busse über Ansprüche, welche ausserhalb des Strafrechts liegen, zu erkennen befugt. Seine Zuständigkeit zur Anordnung der Beseitigung vorschriftswidriger Bauten ist daher weggefallen.

Darüber, dass diese Anordnung auf dem Gebiete des kleinen Strassenwesens nunmehr vollständig auf die Zivilgerichte übergegangen ist, besteht kein Zweifel, da dieses Gebiet bereits zur französischen Zeit vollständig der Justiz überlassen war [75]. Be-

[75] O.L.G. Colmar v. 28. 6. 95. Jur. Zeitschr. f. E.L. XX 506. O.L.G. Colmar v. 16. 12. 98. Jur. Zeitschr. f. E.L. XXIV 305.

stritten ist aber, ob in Ansehung des grossen Strassenwesens diese Anordnung jetzt wieder unbeschränkt den Bezirksräten zusteht oder ob sie auf die Zivilgerichte übergegangen ist. Ich schliesse mich der ersteren Ansicht an: denn durch Art. XII E.G. z. Stgb. war nur in Verbindung mit art. 161 C. d'instr. crim. die Zuständigkeit von dem Bezirksrate auf den Strafrichter übergegangen, und diese Aenderung konnte nur so lange Bestand haben, als art. 161 in Geltung blieb; als er durch Einführung der Strafprozessordnung wegfiel, musste die Zuständigkeit des Bezirksrats in ihrem früheren Umfange wieder aufleben [76].

6. Die Verfolgung der Beamten.

Die Bestimmungen, welche die Reichsjustizgesetzgebung über die Verfolgung der Beamten enthält, werden weiter unten im Zusammenhange mit den übrigen Aenderungen des französischen Rechts auf diesem Gebiete behandelt werden.

7. Der Zwangsbefehl.

Nach französischem Recht erfolgte die Zwangsvollstreckung für den Staat zwecks Eintreibung der Domänengefälle und Registriergebühre durch Zwangsbefehl (contrainte) der Verwaltung, dessen Vollstreckbarerklärung bald dem Friedensrichter, bald dem Landgerichtspräsidenten, bald dem Präfekten oblag [77]. Das A.G. z. C.P.O. schuf ein einheitliches Recht: die Ausstellung des Zwangsbefehls über Domänengefälle und die den Beamten der Verkehrssteuerverwaltung zur Einziehung übertragenen öffentlichen Einkünfte erfolgt durch das Verkehrssteueramt, die Vollstreckbar-

[76] O.L.G. Colmar v. 2. 11. 88 Jur. Zeitschr. f. E.L. XIV, 302—308. R.G. v. 1. 3. 89 Jur. Zeitschr. f. E.L. XIV, 302—308. Ksl. Rat v. September 1890 eod. XVI, 27. O.L.G. Colmar v. 8. 2. 00. eod. XXV 317. A. M. FÖRTSCH u. CASPAR, Els.-lothr. Baurecht No. 53. MÖLLERsche Gesetzsammlung Bd. II S. 185.

[77] Art. 4 Ges. v. 12. Sept. 1791. Art. 65 Ges. v. 22 frim. VII. Art. 5 arrêt du 4 thermidor XI.

erklärung durch das Amtsgericht. Einwendungen gegen den durch den Zwangsbefehl festgestellten Anspruch sind durch Klage beim Landgericht geltend zu machen [78].

8. Die Zwangsvollstreckung gegen Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaft.

Eine Zwangsvollstreckung gegen Staat, Bezirk und Gemeinde war nach französischem Recht unzulässig [79]. § 15 Z. 2 E.G. z. C.P.O. erhielt diese Bestimmung für Geldforderungen aufrecht, knüpfte aber die Einschränkung daran, dass es sich nicht um die Verfolgung dinglicher Rechte handle. § 4 A.G. z. C.P.O. v. 13. 11. 99 bestätigte den hiernach bestehenden Rechtszustand.

9. Der Kompetenzkonflikt.

Der § 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes hatte für Elsass-Lothringen zunächst die Bedeutung, dass sein erster Absatz: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs" dem seit der Okkupation bestehenden tatsächlichen Zustande die gesetzliche Anerkennung verlieh; Abs. 2 beschränkte eine künftige landesgesetzliche anderweitige Regelung. Wenn die Reichsjustizgesetzgebung auch an dem von dem französischen Rechte aufgestellten Grundsatze der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der beiden Behörden nur wenig geändert hat, so hat sie doch durch § 17 G.V.G. die Kontrolle für die Wahrung dieses Grundsatzes verschoben. Eine Ueberwachung, ob die Justiz innerhalb der ihr gezogenen Schranken gehandelt hat, findet nicht mehr statt, und die Verwaltung besitzt nicht mehr die Möglichkeit, dem Gerichte einen Prozess, für dessen Entscheidung es sich als zuständig betrachtet, zu entziehen.

---

[78] §§ 5—7 A.G. z. C.P.O. v. 13. 11. 99 (§§ 17—19 alte Fassung).

[79] Ueber die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden, Staatsratsgutachten vom 12. Aug. 1807 u. 26. Mai 1813.

V.

Die Verfolgung der Beamten.

Nach dem zur Zeit der Okkupation in Elsass-Lothringen geltenden französischen Rechte war die Verfolgung derjenigen Beamten, welche als agents du gouvernement zu betrachten waren, durch die Zulässigkeitserklärung des Staatsrats bedingt. Das den art. 75 der Verfassung des Jahres VIII beseitigende Dekret vom 19. September 1870 ist in Elsass-Lothringen nicht mehr Gesetz geworden [80]; die einzige Aenderung des bisherigen Zustands bestand in der Uebertragung der Verfolgungsermächtigung auf den Oberpräsidenten (§ 9 Abs. 3 Ges. v. 30. 12. 1871). Aber bald begann eine wechselvolle Geschichte.

I. Die erste Stufe der weiteren Entwicklung begründet das Reichsbeamtengesetz vom 23. Dezember 1873 für die Reichsbeamten und diejenigen Landesbeamten, welche ein Diensteinkommen aus der Landeskasse beziehen. An dessen § 13 „Jeder Landesbeamte ist für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich" knüpft sich die Frage, ob mit ihm die garantie constituelle vereinbar ist.

Aus den gesetzgeberischen Verhandlungen leitet LEONI [81] das Weiterbestehen der garantie den dem Reichsbeamtengesetze unterstehenden agents du gouvernement gegenüber ab. Aber die gesetzgeberischen Verhandlungen lassen auch eine andere Auffassung zu [82], und dieser gegenteiligen Anschauung muss man sich anschliessen, wenn man die vollständige Verschiedenheit des durch art. 75 und des durch § 13 begründeten Zustands erwägt.

Nach art. 75 hatte die Verwaltung das Recht, ihren agent aus Zweckmässigkeitsgründen der Verfolgung zu entziehen. Er war daher von vornherein nicht verantwortlich, sondern wurde es

---

[80] L.G. Colmar v. 4. 2. 80 Jur. Zeitschr. f. E.L. V, 220.

[81] Verfassungsrecht von E.L. § 51 S. 140.

[82] R.G. v. 2. 11. 99 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXV, 411.

erst, wenn er von der Verwaltung den Gerichten ausgeliefert worden war. Diese in das Gutdünken der Verwaltung gesetzte Verantwortlichkeit ist mit § 13, welcher sie bedingungslos fordert, nicht zu vereinbaren und kann daher den dem Reichsbeamtengesetz unterliegenden Beamten gegenüber nicht mehr bestehen.

In einigen Staaten war für die Verfolgung der Beamten eine Teilung der Zuständigkeiten begründet, die Frage der Pflichtverletzung war der Verwaltung, die Feststellung der Folgen einer von der Verwaltung gefundenen Pflichtverletzung den Gerichten überlassen. Die Vorentscheidung über die Pflichtverletzung hatte aber wie ein gerichtliches Urteil nach Rechtsgründen zu erfolgen, und die Verwaltung hatte daher nicht die Befugnis, den Beamten einer gerechtfertigten Verfolgung aus Zweckmässigkeitsgründen durch die Vorentscheidung zu entziehen, und die Teilung der Zuständigkeiten führte zu keiner Abschwächung der Verantwortlichkeit der Beamten. Eine derartige Regelung war mit § 13 vereinbar.

Es stellt sich nun die Frage ein, ob das Recht der elsass-lothringischen Verwaltung, die Verfolgung des agent du gouvernement nach Gutdünken für zulässig zu erklären, durch § 13 des Reichsbeamtengesetzes nicht in die Befugnis, eine Vorentscheidung über die Pflichtverletzung nach Rechtsgründen zu erlassen, umgewandelt worden ist.

Aber das Recht der Verwaltung auf die Vorentscheidung ist nicht ein minus der Befugnis, die Verfolgung nach Gutdünken für zulässig zu erklären, welches bei Wegfall der umfassenderen Befugnis von selbst an deren Stelle getreten wäre, sondern ein aliud, zu dessen Einführung es einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft hätte. Da eine solche nicht getroffen ist, kann diese Umwandlung nicht angenommen werden, und sind die dem Reichsbeamtengesetz unterstehenden agents du gouvernement unter das gemeine Recht gestellt worden [83].

---

[83] Beschluss des R.G. v. 26. 9. 87 Strafs. XVI 199.

II. Eine weitere Entwicklung trat durch die Reichsjustizgesetzgebung ein. § 11 E.G. z. G.V.G. setzte zunächst in Abs. 1 die landesgesetzlichen Bestimmungen über die besonderen Voraussetzungen der straf- und zivilrechtlichen Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in oder gelegentlich der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen ausser Kraft und beseitigte hierdurch die garantie constitutionelle auch bezüglich derjenigen agents du gouvernement, welche dem Reichsbeamtengesetze nicht unterstanden.

Abs. 2 erklärt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über die Abhängigmachung der Verfolgung der Beamten von einer Vorentscheidung mit bestimmten Massgaben unberührt blieben. Da in Elsass-Lothringen aber die Einrichtung einer Vorentscheidung nicht bestand, konnte dort Abs. 2 zunächst keine Bedeutung erlangen.

Trotzdem bestimmte § 11 A.G. z. G.V.G.:

„Die in § 11 Abs. 2 des E.G. z. G.V.G. bezeichnete Vorentscheidung ist nur im Falle des Verlangens der vorgesetzten Behörde erforderlich.“

Die elsass-lothringischen gesetzgebenden Faktoren hatten demnach angenommen, dass die Verfolgung der Beamten in Elsass-Lothringen von einer Vorentscheidung abhängig sei. Sie hatten die Absicht, das Erfordernis der Vorentscheidung auf den Fall des Verlangens der vorgesetzten Behörde zu beschränken. Ihre Auffassung ist aber falsch und vollständig belanglos, da sie lediglich dazu geführt hat, in der verfügenden Norm des Gesetzes die Beschränkung eines vermeintlich bestehenden Rechtsinstituts anzuordnen, nicht aber dazu, ein neues Rechtsinstitut zu schaffen. Um Bedeutung zu erlangen, hätte § 11 A.G z. G.V.G. die Fälle, in denen eine Vorentscheidung eingeholt werden sollte, bezeichnen müssen [84].

---

[84] Beschluss des R.G. Jur. Zeitschr. f. E.L. XXV 413 Urteil des R.G. v. 10. 6. 81. Entsch. Zivils. V 49.

III. Streitig ist, ob die Landesgesetzgebung berechtigt war, das Erfordernis der Vorentscheidung, wenn es bei Einführung der Reichsjustizgesetzgebung nicht bestand, durch ein späteres Gesetz einzuführen. Es wird behauptet, der Wortlaut des § 11 E.G. z. G.V.G. „unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften" beziehe sich nur auf solche Bestimmungen, welche am 1. Oktober 1879 bestanden hätten oder in Kraft getreten seien, käme aber der späteren Landesgesetzgebung nicht zu gute[85]. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist die Fassung „unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften" durch die authentische Interpretation des Art. 3 E.G. z. B.G.B. in dem weiteren Sinne, dass der Erlass neuer landesgesetzlicher Vorschriften zulässig sei, ausgelegt worden. Eine derartige Auslegung fehlt für die Reichsjustizgesetzgebung. Für sie führen aber zwei Entscheidungen des Reichsgerichts[86] zutreffend aus, es werde durch die Fassung „unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften" zu erkennen gegeben, dass eine umfassende, abschliessende Regelung durch die Reichsgesetzgebung nicht beabsichtigt und deren Ergänzung durch die Landesgesetzgebung, und zwar die zukünftige wie die gegenwärtige, für statthaft erklärt worden sei.

Es muss daher angenommen werden, dass es zulässig war, in § 39 A.G. z. B.G.B. zu bestimmen:

> „Wird ein Beamter wegen einer Handlung, die er in Ausübung der ihm anvertrauten Gewalt vorgenommen hat, zivilrechtlich oder strafrechtlich verfolgt, so ist die vorgesetzte Behörde befugt, die in § 11 Abs. 2 E.G. z. G.V.G. bezeichnete Vorentscheidung zu verlangen."

Diese Vorschrift findet ihre Ergänzung in § 11 E.G. z. G.V.G.: die Vorentscheidung ist auf die Feststellung beschränkt, ob der

[85] Wilmowski-Levy § 11 E.G. z. G.V.G. Löwe St.P.O. (4. Aufl.) Anm 3 zu § 11 E.G z. G.V.G.

[86] Urteil v. 30. 6. 82 Entsch. Zivils. VII 347. Urteil v. 14. 10. 82 Entsch. Zivils. VII 399.

Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat, und ist, da in Elsass-Lothringen ein oberster Verwaltungsgerichtshof nicht besteht, vom Reichsgericht zu treffen [87].

Die Entscheidung hat nach Rechtsgründen zu erfolgen. Findet das Reichsgericht, dass der Beamte nicht schuldig ist, so stellt es dies durch Beschluss fest. In diesem Falle kann ein weiteres gerichtliches Verfahren nicht mehr stattfinden. Fällt die Vorentscheidung in bejahendem Sinne aus, so nimmt das gerichtliche Verfahren seinen Fortgang. An die in der Vorentscheidung zum Ausdrucke gebrachte Auffassung des Reichsgerichts ist das erkennende Gericht nicht gebunden.

IV. In einer gegen einen Beamten anhängigen Strafsache haben die Gerichte auch die Frage selbst zu beurteilen, ob dem Beamten eine Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder die Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung zur Last fällt, obgleich sie nach dem Grundsatze von der Selbständigkeit der Verwaltung eigentlich deren Entscheidung einzuholen hätten. Dasselbe nimmt das Reichsgericht für Zivilsachen in einer Entscheidung an, welche auf der unrichtigen Voraussetzung beruht, dass die in Elsass-Lothringen für die Trennung von Justiz und Verwaltung geltenden Grundsätze durch die Reichsjustizgesetzgebung beseitigt worden seien [88]. Zwei andere Urteile haben die entgegengesetzte Meinung vertreten [89]. Diese letztere Ansicht muss als die richtige bezeichnet werden, weil die Reichsjustizgesetzgebung die materiellen Vorschriften der Landesgesetze über die Zuständigkeit nicht berührt hat.

Ein Zweifel könnte nur für die Fälle bestehen, in denen

---

[87] Ksl. Rat v. 26. 4. 02 Jur. Zeitschr. f. E.L. XXVIII 513. Beschluss des R.G. v. 1. 7. 02 Entsch. Zivils. LII (N. F. II), 107. Beschluss des R.G. v. 26. 9. 87 Entsch. Strafs. XVI 198 No. 1.

[88] Urteil v. 10. 6. 81 Entsch. Zivils. V 49, ebenso MICHAELIS 2. Aufl. S. 180.

[89] R.G. v. 5. 4. 87 Entsch. Zivils. XVIII 123, R.G. v. 16. 2. 88 Entsch. Zivils. XX 295.

eine Vorentscheidung eingeholt worden ist: denn nach französischem Recht hatte das Erfordernis der Anhörung des Staatsrats die Auslieferung der eigentlichen Verwaltungsfragen an die Justiz zur Folge gehabt, und das Reichsgericht vertritt für Elsass-Lothringen das dort fehlende oberste Verwaltungsgericht. Es ist aber zu bedenken, dass die Entscheidung des Staatsrats und die Vorentscheidung des Reichsgerichts von ganz verschiedener Natur sind; der Staatsrat entscheidet nach Zweckmässigkeits-, das Reichsgericht nach Rechtsgründen. Eine Ausdehnung der gerichtlichen Zuständigkeit auf die Verwaltungsfragen kann daher auch dann nicht angenommen werden, wenn die Vorentscheidung eingeholt worden ist.

VI.

Die übrige neuere Gesetzgebung.

Aufgabe dieser Ausführungen, welche sich auf die Grundlagen beschränken sollen, kann es nicht sein, den neueren Gesetzen nachzugehen, um festzustellen, wie sie im einzelnen die Zuständigkeit zwischen Justiz und Verwaltung verteilt haben; die neuere Gesetzgebung kann im folgenden nur soweit behandelt werden, als die grossen Gesichtspunkte, welche das überkommene französische Recht aufgestellt hatte, erhalten geblieben oder verlassen worden sind. Dass der Grundsatz von der gegenseitigen Unabhängigkeit von Justiz und Verwaltung heute noch gilt, hat das Reichsgericht erst kürzlich anerkannt [90]. Soweit nach französischem Recht zu Gunsten der Verwaltung Ausnahmen bestanden, war neues Recht geschaffen worden (Strafverfahren auf dem Gebiete der grande voirie, Verfolgung der Beamten, Klagen gegen Staat, Bezirk, Gemeinde). Dagegen blieben die Ausnahmen, welche zu Gunsten der Justiz von diesem Grundsatze begründet worden waren, bestehen und erhielten zum Teil besondere gesetz-

[90] Urteil v. 10. 12. 03 Entsch. Zivils. Bd. 56, 216—221.

liche Anerkennung: das Haftpflichtgesetz verwies wie das französische Recht den Entschädigungsanspruch für Verletzung durch den Betrieb einer Eisenbahn vor die Gerichte [91]. Für Verkehrssteuer-, Erbschaftssteuer- und Stempelfragen wurde im Gegensatze zu den der Verwaltung überlassenen die direkten Steuern betreffenden Fragen erneut der Rechtsweg für zulässig erklärt [92].

Diese Ausnahmen wurden weiter vermehrt: für die Forderung aus dem Postbeförderungsvertrage, die nach französischem Recht den Verwaltungsweg zu leiten war [93], für den Anspruch des Beamten auf Zahlung des Gehalts und die Forderung des Staats gegen den Beamten aus einem Defekte, von denen dasselbe galt [94], wurde der Rechtsweg begründet [95] [96]. Die wichtigste Aenderung hatte die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Folge.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelte die Haftung des Staats, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für ihre Beamten nur, soweit es sich um den privatrechtlichen Verkehr handelte: innerhalb dieses Bereichs wurde eine Haftung für verfassungsmässige Vertreter unbedingt (§§ 89. 31 B.G.B.), für andere Beamte mit der Massgabe begründet, dass der Entschuldigungsbeweis des § 831 B.G.B. für zulässig erklärt wurde. Die Regelung der Ersatzpflicht für einen von einem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten Gewalt zugefügten Schaden wurde nur auf dem Gebiete der Grundbuchführung vom Reiche getroffen (§ 12 G.O. vgl. § 8 A.G. z. G.O.), im übrigen dem Landesrechte überlassen (Art. 77 E.G. z. B.G.B.). Für einen derartigen Schaden bestimmte § 40 A.G. z. B.G.B., dass der Staat oder öffentlich-

[91] § 7 Gesetz v. 1. 11. 72 (7. 6. 71).

[92] §§ 50. 51 Verkehrssteuergesetz v. 14. 11. 04. § 32 Erbschaftssteuergesetz v. 17. 6. 00. § 51 Stempelsteuergesetz v. 21. 6. 97.

[93] O. Mayer, Theorie d. franz. Verwr. § 49 S. 324.

[94] O. Mayer, Theorie d. franz. Verwr. § 47 S. 313, 311.

[95] § 14 Postgesetz v. 4. 11. 71 (28. 10. 71).

[96] §§ 149 f., 134, 144 Beamtengesetz v. 28. 12. 73 (31. 3. 73).

rechtliche Verband, in dessen Dienst der Beamte stehe, in gleicher Weise wie der Beamte hafte, soweit der Ersatz von diesem nicht zu erlangen sei, und dabei die rechtliche Stellung eines Bürgen habe. Als aber der Staat auf Grund dieser Bestimmung für die von einem Gerichtsvollzieher begangene Unterschlagung eines nach Anlegung einer Pfändung vom Schuldner vereinnahmten Geldbetrags haftbar gemacht wurde [97], beschränkte der durch Gesetz vom 13. Februar 1905 eingeführte Absatz 2 des § 40 A.G. z. B.G.B. die Haftung für Notare und Gerichtsvollzieher auf den Fall, dass ihnen die Verrichtung, in deren Ausübung der Schaden verursacht war, durch das Gericht übertragen worden war.

Nichts ist über die Zuständigkeit gesagt worden. § 40 A.G. z. B.G.B. ist aber Bestandteil eines das Privatrecht regelnden Gesetzes, erklärt die privatrechtlichen Vorschriften über die Stellung des Bürgen auf die Haftung des Staats und öffentlich-rechtlichen Verbands für anwendbar, und nach französischer Lehre begründet die Anwendbarkeit des Privatrechts die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Die Zulässigkeit des Rechtswegs, welche die elsass-lothringischen Gerichte — m. E. mit Unrecht — schon unter der Herrschaft des alten Rechts angenommen hatten, kann daher seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr in Frage gezogen werden [98].

2. Art. 109 E.G. z. G.B.G. überliess die Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung von Eigentum und Entziehung oder Beschränkung von Rechten der Landesgesetzgebung.

Auf diesem Gebiete war von der elsass-lothringischen Regierung eine umfassende Neuregelung beabsichtigt [99], die aber an

[97] R.G. v. 29. 10. 1903. Entsch. Zivils. Bd. 56 S. 84.

[98] R.G. v. 29. 10. 03 Entsch. Bd. 56 S. 84. R.G. v. 10. 12. 03 Entsch. Bd. 56 S. 216—221.

[99] Vorlage No. 2 XXXI Session des Landesausschusses 1904.

dem Widerstande des Landesausschusses scheiterte. Aus dem Schiffbruche der Vorlage rettete der Landesausschuss jedoch die zur Regelung des Schadensersatzes für öffentliche Arbeiten in Aussicht genommene Bestimmung des § 89, welche durch Gesetz vom 13. Februar 1905 als § 40 a in das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche eingestellt wurde:

„Wird durch die Veranstaltung einer öffentlichen Arbeit oder durch den Betrieb eines dem öffentlichen Nutzen dienenden Unternehmens das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen beeinträchtigt, so ist derjenige, welcher die öffentliche Arbeit veranstaltet oder das Unternehmen betreibt, zum Ersatze des dadurch verursachten Vermögensschadens verpflichtet.

Auf den Entschädigungsanspruch finden die Vorschriften des § 906 B.G.B. entsprechendd Anwendung.

. . . .

Für die Entscheidung über den Anspruch sind die ordentlichen Gerichte zuständig."

. . . .

Die bisher auf Gewohnheitsrecht beruhende öffentlich-rechtliche Entschädigung war somit auf gesetzliche Grundlage gestellt, und für die — m. E. bisher unrichtige — Annahme der elsass-lothringischen Gerichte, dass für die Feststellung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung der Rechtsweg zulässig sei, eine gesetzliche Stütze gegeben worden.

In Absatz 3 regelte § 40 a A.G. z. B.G.B. unter Befolgung der von den bisherigen Entscheidungen aufgestellten Grundsätze[100] in einer in das einzelne gehenden Weise den Anspruch des An-

[100] Keine Entschädigung für Beeinträchtigung der Benutzung eines nicht überbauten Teils: R.G. v. 7. 3. 82 Entsch. Zivils. VII, 213, R.G. v. 13. 2. 83 Entsch. Zivils. X, 271. R.G. v. 28. 11. 89 Entsch. Zivils. XXV, 243. Keine Entschädigung bei vorübergehender Veränderung, die durch Zweckbestimmung der Strasse selbst (z. B. Unterführung unter Eisenbahn) bedingt war. R.G. v. 28. 3. 96 Entsch. Zivils. XXXVII, 253, O.L.G. Colmar v. 21. 3. 02. Jur. Zeitschr. f. E.L. XXVII, 337.

liegers einer Strasse für den durch Veränderung der Strasse verursachten Schaden, für welchen durch Absatz 4 gleichfalls die Zuständigkeit der Gerichte begründet wurde. Der Erlass dieser Sondervorschrift erklärt sich aus folgendem:

Das Reichsgericht hatte früher in Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze auf ganz anders gestaltete öffentlich-rechtliche Verhältnisse das Recht des Strassenanliegers auf Fortbestehen der Strasse und seinen Anspruch auf Entschädigung bei Beeinträchtigung dieses Rechts als ein privates Recht behandelt, welches darauf beruhe, dass die durch Anlegung der Strasse ad incertam personam gerichtete Offerte, Häuser zu bauen, stillschweigend angenommen worden sei [101]. In einer neuen Entscheidung hatte es aber ausgesprochen, dass auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein derartiges Recht sich weder aus einem Dienstverhältnisse noch aus einem stillschweigenden Vertrage ableiten lasse [102]. Da nun § 40a Abs. 1 A.G. z. B.G.B. die Entschädigungspflicht auf die Beeinträchtigung eines Rechts beschränkte und art. 1382. 1384 Code civil, auf welche bisher das Recht des Anliegers auf Entschädigung — m. E. unrichtigerweise — gegründet worden war, nicht mehr galten, bestand die Gefahr, dass aus § 40a Abs. 1. 2 ein argumentum a contrario gegen die Fortdauer des Entschädigungsanspruchs des Anliegers entnommen werden würde. Dem sollte § 40a Abs. 3 vorbeugen [103].

II. Eine Ausdehnung der gerichtlichen Zuständigkeit brachte das neue Recht nicht nur dadurch, dass es Sachen, welche früher der Verwaltung zugestanden hatten, ganz der Justiz zuwies, sondern auch dadurch, dass es in Angelegenheiten, welche der Verwaltung zunächst verblieben, das Gericht berief, wenn der Privat-

[101] R.G. v. 13. 2. 83 Entsch. Zivils. X 271. R.G. v. 7. 3. 82 Entsch. Zivils. VII 213.

[102] R.G. v. 31. 4. 02 Entsch. Zivils. Bd. 51, 251.

[103] Kommissionsbericht. Verhandlungen des Landesausschusses. XXXI. Session (1904) Bd. 2 S. 1107 f.

mann sich mit der Entscheidung der Verwaltung nicht zufrieden gab. Dadurch wurde aber die Justiz nicht zu einer der Verwaltung übergeordneten Instanz bestellt: die Anrufung des Gerichts hatte zur Folge, dass die Entscheidung der Verwaltung als nicht geschehen galt; das Gericht hatte nicht zu prüfen, ob die Vorentscheidung der Verwaltung das Rechte getroffen habe.

1. Ueber die vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten und der Landesbeamten, welche ein Diensteinkommen aus der Landeskasse beziehen, aus ihrem Dienstverhältnisse und über die Verpflichtung eines solchen Beamten zur Erstattung von Defekten ergeht zunächst ein Beschluss der Verwaltung, gegen welchen der Rechtsweg zulässig ist [104].

2. Eine eigentümliche Teilung der Zuständigkeiten ist für die Feststellung der Entschädigungspflicht der Staatskasse für den Vermögensschaden eingeführt worden, welcher durch Vollstreckung der Strafe gegen eine im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochene Person und durch unschuldig erlittene Untersuchungshaft entstanden ist. Ueber die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung entscheidet das Gericht; die Höhe der Entschädigung wird von der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung festgesetzt, gegen deren Entscheidung binnen 3 Monaten der Rechtsweg zulässig ist [105].

VII.

Rückblick und Schluss.

I. Eine Zusammenfassung der unter deutscher Herrschaft begründeten Aenderungen des bisherigen Rechtszustands ergibt folgende Uebersicht der wichtigsten Ereignisse:

1. Folge der Okkupation ist Fortfall des Staatsrats und des Kompetenzkonflikts.

---

[104] §§ 149. 150. §§ 134. 144. Ges. v. 23. 12. 1873 (31. 3. 1873).
[105] §§ 4. 5 R.Ges. v. 17. 5. 98. §§ 4. 6 R.Ges. v. 14. 7. 04.

2. Durch Einführung des Strafgesetzbuchs wurde die Zuständigkeit des Bezirksrats zur Bestrafung der die grande voirie betreffenden Uebertretungen beseitigt (art. 4 al. 5, Ges. v. 28 pluv. VIII).

3. Das Beamtengesetz stellte die Beamten unter das gemeine Recht und begründete für ihre Ansprüche und für den Defektenanspruch des Staats den Rechtsweg.

4. Infolge der Reichsjustizgesetzgebung wurde:

a) der Streit über die Zuständigkeit zur Aburteilung der die Veräusserung von Staatsgut betreffenden Streitigkeiten zu Ungunsten des Bezirksrats entschieden (art. 4 al. 7, Ges. v. 28 pluv. VIII; § 4 E.G. z. C.P.O.);

b) durch § 8 A.G. z. G.V.G. die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus Verträgen zwischen der Verwaltung und Unternehmern von öffentlichen Arbeiten und Lieferungen und für Schadensersatzklagen gegen Unternehmer öffentlicher Arbeiten begründet (art. 4 al. 2 und 3, Ges. v. 28 pluv. VIII);

c) der Strafrichter zur Entscheidung präjudizieller Verwaltungsfragen berufen (§§ 260, 261 St.P.O.);

d) die Befugnis des Gerichts zur Anordnung der Beseitigung vorschriftswidriger Bauten in Ansehung des grossen Strassenwesens beseitigt;

e) die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen die Verwaltung für die Verfolgung von Geldforderungen, die sich aus dinglichen Rechten ergaben, beseitigt (§ 15 Z. 2 E.G. z. C.P.O., § 4 A.G. z. C.P.O.);

f) die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs den Gerichten gesetzlich zugestanden (§ 17 G.V.G.).

5. Die auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches erlassene Ausführungsgesetzgebung

a) führte für die Verfolgung der Beamten die Vorentscheidung ein (§ 39 A.G. z. B.G.B.);

b) begründete die gerichtliche Zuständigkeit für die Klage gegen die Verwaltung wegen der von ihren Beamten in Ansehung

2. Durch Einführung des Strafgesetzbuchs wurde die Zuständigkeit des Bezirksrats zur Bestrafung der die grande voirie betreffenden Uebertretungen beseitigt (art. 4 al. 5, Ges. v. 28 pluv. VIII).

3. Das Beamtengesetz stellte die Beamten unter das gemeine Recht und begründete für ihre Ansprüche und für den Defektenanspruch des Staats den Rechtsweg.

4. Infolge der Reichsjustizgesetzgebung wurde:

a) der Streit über die Zuständigkeit zur Aburteilung der die Veräusserung von Staatsgut betreffenden Streitigkeiten zu Ungunsten des Bezirksrats entschieden (art. 4 al. 7, Ges. v. 28 pluv. VIII; § 4 E.G. z. C.P.O.);

b) durch § 8 A.G. z. G.V.G. die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus Verträgen zwischen der Verwaltung und Unternehmern von öffentlichen Arbeiten und Lieferungen und für Schadensersatzklagen gegen Unternehmer öffentlicher Arbeiten begründet (art. 4 al. 2 und 3, Ges. v. 28 pluv. VIII);

c) der Strafrichter zur Entscheidung präjudizieller Verwaltungsfragen berufen (§§ 260, 261 St.P.O.);

d) die Befugnis des Gerichts zur Anordnung der Beseitigung vorschriftswidriger Bauten in Ansehung des grossen Strassenwesens beseitigt;

e) die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen die Verwaltung für die Verfolgung von Geldforderungen, die sich aus dinglichen Rechten ergaben, beseitigt (§ 15 Z. 2 E.G. z. C.P.O., § 4 A.G. z. C.P.O.);

f) die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs den Gerichten gesetzlich zugestanden (§ 17 G.V.G.).

5. Die auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches erlassene Ausführungsgesetzgebung

a) führte für die Verfolgung der Beamten die Vorentscheidung ein (§ 39 A.G. z. B.G.B.);

b) begründete die gerichtliche Zuständigkeit für die Klage gegen die Verwaltung wegen der von ihren Beamten in Ansehung

der ihnen anvertrauten Gewalt zugefügten Schaden (§ 40 A.G. z. B.G.B.);

c) leitete die öffentlich-rechtliche Entschädigung auf den Rechtsweg (§ 40a A.G. z. B.G.B. [Ges. v. 13. 2. 05], vgl. art. 4 al. 4 Ges. v. 28 pluv. VIII).

Die gerichtliche Zuständigkeit ist sonach — von der unbedeutenden Ausnahme 4d abgesehen — immer mehr ausgedehnt worden.

II. In den einleitenden Ausführungen war gesagt worden, dass sich jede Entwicklung aus der Anpassung an die neuen Bedürfnisse erklärt, und es bleibt nachzuweisen, dass dieser naturgeschichtliche Satz auch auf die Aenderung der Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung zutrifft.

Sämtliche Aenderungen erklären sich aus dem Fortfall des französischen Staatsrats. Es hätte aber doch, sollte man meinen, nahegelegen, die fortgefallene Behörde durch eine neue zu ersetzen. Dem standen aber unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Als während der grossen Revolution der Vorschlag gemacht wurde, besondere Verwaltungsgerichte einzurichten, scheiterte dies an den Kosten. Auch die Einrichtung eines neuen obersten Verwaltungsgerichtshofs für Elsass-Lothringen würde Kosten verursacht haben, die in keinem Verhältnisse zu Zahl und Umfang der von ihm zu erledigenden Geschäfte und der geringen Grösse des Landes gestanden hätten. Und wie hätte man unter Beamten, denen das französische Verwaltungsrecht völlig unbekannt war, Mitglieder für ein oberstes Verwaltungsgericht finden können, auf welche das grosse Ansehen, welche die Mitglieder des französischen Staatsrats genossen, übergegangen wäre? Als dritter Grund mag die Ungewissheit, welche staatliche Form Elsass-Lothringen zu geben sei, hinzugekommen sein. Man suchte sich vorläufig ohne ein oberstes Verwaltungsgericht zu behelfen, und in die entstandene Lücke traten mit der grössten Bereitwilligkeit die Gerichte ein; denn deren Mitglieder hatten noch

in ihrer alten Heimat das Recht erlernt und gaben, ohne sich dessen recht bewusst zu werden, dem neuen Staatswesen, welchem sie ihre Dienste widmeten, die Stellung, welche sie ihrem Heimatsstaate angewiesen haben würden, und nahmen an, dass es wie dieser in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Rechtsprechung der Gerichte unterstehe.

Es entstand die Neigung, wie nach deutschem Recht, den elsass-lothringischen Staat als Fiskus von seinen übrigen Beziehungen abzutrennen und vollständig dem Privatrechte zu unterwerfen. Gern wurde die Handhabe, welche § 4 E.G. z. C.P.O. bot, benutzt, um einen Rechtsgrund für die Unterwerfung des Staats in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen unter das Zivilrecht und die Zuständigkeit der Gerichte zu finden. Das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche verschaffte dieser Rechtsprechung, welche zwar nicht dem Wortlaute des § 4 E.G. z. C.P.O. wohl aber den Erwartungen seines Verfassers entsprach, gesetzliche Anerkennung, und die neuere Gesetzgebung[106] spricht vom Fiskus, gleich als sei dies ein vom Staate verschiedenes, der Rechtsprechung der Gerichte unterliegendes Wesen.

Nachdem ein sehr grosser Teil der von dem französischen Staatsrat gehandhabten Tätigkeit von den Gerichten übernommen worden war, bestand noch weniger Anlass als bei der Einverleibung Elsass-Lothringens, ein neues oberstes Verwaltungsgericht zu schaffen, und die Hoffnung auf ein solches muss wohl endgültig aufgegeben werden.

III. Ist die Entwicklung, welche die Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung in Elsass-Lothringen genommen haben, eine Entwicklung zum Besseren oder eine Rückentwicklung zum Schlechteren?

Wer mit TOCQUEVILLE in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nichts anderes erblickt als die gesetzlich anerkannte Möglichkeit

[106] §§ 2. 4 A.G. z. C.P.O. in der Fassung v. 13. 11. 99.

der Verwaltung, in den Formen der Justiz, unter dem Scheine des Rechts, Unrecht zu tun, wird die grosse Beeinträchtigung, welche die Verwaltungsrechtspflege in Elsass-Lothringen erlitten hat, freudig begrüssen. Wer dagegen erkannt hat, wie sehr der französische Staatsrat die Interessen des Bürgers dem Staate gegenüber wahrgenommen hat, wird bedauern, dass die wie aus einem Gusse hergestellte französische Verwaltungsrechtspflege zwischen der Justiz und verschiedenen Verwaltungsbehörden verzettelt worden ist. Der eine wird behaupten, dass die Verwaltung leicht geneigt ist, „dans un but utile“ von der strengen Beobachtung der Gesetze Abstand zu nehmen, der andere dem gegenüber nicht mit Unrecht darauf hinweisen, dass die Gerichte oft bestrebt sind, verwaltungsrechtliche Fragen in die engen Begriffe des Civilrechts einzuzwängen, wie die Behandlung beweist, welche das Reichsgericht dem Entschädigungsanspruche des Strassenanliegers für Veränderung der Strasse hat angedeihen lassen. Jedermann wird daher auf die Frage, ob der jetzige Zustand in Elsass-Lothringen dem früheren vorzuziehen ist, die Antwort geben, welche seinen Neigungen und Voreingenommenheiten am besten entspricht.

Die richtige Antwort wird diejenige sein, welche sich aus der Handhabung des Rechts durch Justiz und Verwaltung ergibt. Der in Elsass-Lothringen bestehende Zustand ist zwar, solange das oberste Verwaltungsgericht fehlt, ein lückenhafter und darum in dem äusseren Aufbau weniger vollkommen als der frühere. Als ein Schaden kann dies aber nicht betrachtet werden, wenn auf Elsass-Lothringen zutrifft, was AUCOC von Frankreich sagt: „s'il y a des autorités differentes pour juger les contestations de droit privé et les litiges de droit administratif, il n'y a qu'une justice“ [107].

[107] AUCOC, Le conseil d'Etat et le recours pour excès de pouvoir. Revue des deux mondes. 1. Sept. 1878 S. 31.

Ebenbürtigkeit und Virilstimmen.

Von

Dr. Felix Hauptmann in Lichterfelde.

I.

1. Bekanntlich kommt in den Familien des hohen Adels von Alters her das Ebenbürtigkeitsprinzip vor, d. h. bei einer Reihe von ihnen müssen die Mitglieder derselben ihre Frauen aus dem Kreise ihrer Standesgenossen nehmen, widrigenfalls die Kinder nicht zur Familie ihres Vaters gehören und keinen Anspruch auf die Familiengüter haben. Allein nicht in allen diesen Familien besteht diese Forderung zu Recht. Eine ganze Reihe von ihnen gestattet auch Ehen mit Damen aus dem niederen Adel. Da ist es nun eine alte Streitfrage: nach welchen Gesichtspunkten regelt sich diese Frage, welche allgemeine Formel lässt sich finden, die in dieser Beziehung die Familien des Hochadels in zwei Gruppen teilt, welche Kriterien sind für die Frage massgebend, ob eine Familie des Hochadels an die Beobachtung des Ebenbürtigkeitsprinzips gebunden ist oder nicht.

Hier waren es schliesslich zwei Auffassungen, die um die Herrschaft stritten. Die eine — heute am meisten verbreitete — stritt rundweg ab, dass man hier von zwei Gruppen sprechen könne. Der hohe Adel sei ein einheitlich entstandener Stand; das Ebenbürtigkeitsprinzip sei in ihm im Mittelalter erwachsen, und so bestehe es eigentlich für alle seine Familien

zu Recht, wenn nicht etwa einzelne es ausdrücklich durch Hausgesetze oder klar erkennbare Observanz abgeschafft hätten [1]. Die andere, die ihren Blick vor allem darauf heftete, dass doch faktisch eine ganze Anzahl von Familien des Hochadels das Ebenbürtigkeitsprinzip nicht anerkennt, erklärte, es sei erst in der Neuzeit unter dem Einfluss des Absolutismus entstanden; und zwar hätten allerdings alle Familien des Hochadels es aufstellen wollen, es sei aber nur den reichen und mächtigen gelungen, es zur Durchführung zu bringen. Wer zu diesen gehöre, dafür gebe es ein leicht erkennbares Stichwort, und das sei der Fürstentitel. Die Familien, die so reich und mächtig waren, dass sie ihn sich hätten verschaffen können, seien auch in der Lage gewesen, das von allen Familien angestrebte Ebenbürtigkeitsprinzip zur Durchführung zu bringen.

In einer S. 529 des Jahrgangs 1902 des Archivs für öffentliches Recht veröffentlichten Untersuchung war ich zu dem Resultat gekommen, dass der hohe Adel keine so homogene Klasse bilde, wie die erste dieser Auffassungen annahm, sondern aus zwei Gruppen von sehr verschiedener Herkunft sich zusammensetze, und dass für die Präsumption des Ebenbürtigkeitsprinzips eben diese Herkunft, nicht aber der Fürstentitel massgebend sei. Bei denjenigen hochadligen Familien nämlich, die aus altfreien Herren- und Grafengeschlechtern hervorgegangen sind, durften ursprünglich die Frauen nicht aus Ministerialenfamilien genommen werden — eine Folge der erst seit dem 13. Jahrhundert verschwindenden Unfreiheit der letzteren, da Ehen zwischen Freien und Unfreien verboten waren, resp. die Kinder aus solchen Ehen nicht erbfähig waren. Dies Verbot aber habe sich in den ehemals altfreien Familien als Ebenbürtigkeitsprinzip bis auf den heutigen Tag erhalten. Bei der anderen Klasse der hochadligen Familien, bei denen nämlich,

[1] Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895 S. 403 f., wo auch die Literatur angegeben ist.

rechtliche Verband, in dessen Dienst der Beamte stehe, in gleicher Weise wie der Beamte hafte, soweit der Ersatz von diesem nicht zu erlangen sei, und dabei die rechtliche Stellung eines Bürgen habe. Als aber der Staat auf Grund dieser Bestimmung für die von einem Gerichtsvollzieher begangene Unterschlagung eines nach Anlegung einer Pfändung vom Schuldner vereinnahmten Geldbetrags haftbar gemacht wurde [97], beschränkte der durch Gesetz vom 13. Februar 1905 eingeführte Absatz 2 des § 40 A.G. z. B.G.B. die Haftung für Notare und Gerichtsvollzieher auf den Fall, dass ihnen die Verrichtung, in deren Ausübung der Schaden verursacht war, durch das Gericht übertragen worden war.

Nichts ist über die Zuständigkeit gesagt worden. § 40 A.G. z. B.G.B. ist aber Bestandteil eines das Privatrecht regelnden Gesetzes, erklärt die privatrechtlichen Vorschriften über die Stellung des Bürgen auf die Haftung des Staats und öffentlich-rechtlichen Verbands für anwendbar, und nach französischer Lehre begründet die Anwendbarkeit des Privatrechts die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Die Zulässigkeit des Rechtswegs, welche die elsass-lothringischen Gerichte — m. E. mit Unrecht — schon unter der Herrschaft des alten Rechts angenommen hatten, kann daher seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr in Frage gezogen werden [98].

2. Art. 109 E.G. z. G.B.G. überliess die Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung von Eigentum und Entziehung oder Beschränkung von Rechten der Landesgesetzgebung.

Auf diesem Gebiete war von der elsass-lothringischen Regierung eine umfassende Neuregelung beabsichtigt [99], die aber an

[97] R.G. v. 29. 10. 1903. Entsch. Zivils. Bd. 56 S. 84.

[98] R.G. v. 29. 10. 03 Entsch. Bd. 56 S. 84. R.G. v. 10. 12. 03 Entsch. Bd. 56 S. 216—221.

[99] Vorlage No. 2 XXXI Session des Landesausschusses 1904.

dem Widerstande des Landesausschusses scheiterte. Aus dem Schiffbruche der Vorlage rettete der Landesausschuss jedoch die zur Regelung des Schadensersatzes für öffentliche Arbeiten in Aussicht genommene Bestimmung des § 89, welche durch Gesetz vom 13. Februar 1905 als § 40 a in das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche eingestellt wurde:

„Wird durch die Veranstaltung einer öffentlichen Arbeit oder durch den Betrieb eines dem öffentlichen Nutzen dienenden Unternehmens das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen beeinträchtigt, so ist derjenige, welcher die öffentliche Arbeit veranstaltet oder das Unternehmen betreibt, zum Ersatze des dadurch verursachten Vermögensschadens verpflichtet.

Auf den Entschädigungsanspruch finden die Vorschriften des § 906 B.G.B. entsprechendd Anwendung.

. . . .

Für die Entscheidung über den Anspruch sind die ordentlichen Gerichte zuständig."

. . . .

Die bisher auf Gewohnheitsrecht beruhende öffentlich-rechtliche Entschädigung war somit auf gesetzliche Grundlage gestellt, und für die — m. E. bisher unrichtige — Annahme der elsass-lothringischen Gerichte, dass für die Feststellung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung der Rechtsweg zulässig sei, eine gesetzliche Stütze gegeben worden.

In Absatz 3 regelte § 40 a A.G. z. B.G.B. unter Befolgung der von den bisherigen Entscheidungen aufgestellten Grundsätze [100] in einer in das einzelne gehenden Weise den Anspruch des An-

[100] Keine Entschädigung für Beeinträchtigung der Benutzung eines nicht überbauten Teils: R.G. v. 7. 3. 82 Entsch. Zivils. VII, 213, R.G. v. 13. 2. 83 Entsch. Zivils. X, 271. R.G. v. 28. 11. 89 Entsch. Zivils. XXV, 243. Keine Entschädigung bei vorübergehender Veränderung, die durch Zweckbestimmung der Strasse selbst (z. B. Unterführung unter Eisenbahn) bedingt war. R.G. v. 28. 3. 96 Entsch. Zivils. XXXVII, 253, O.L.G. Colmar v. 21. 3. 02. Jur. Zeitschr. f. E.L. XXVII, 337.

liegers einer Strasse für den durch Veränderung der Strasse verursachten Schaden, für welchen durch Absatz 4 gleichfalls die Zuständigkeit der Gerichte begründet wurde. Der Erlass dieser Sondervorschrift erklärt sich aus folgendem:

Das Reichsgericht hatte früher in Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze auf ganz anders gestaltete öffentlich-rechtliche Verhältnisse das Recht des Strassenanliegers auf Fortbestehen der Strasse und seinen Anspruch auf Entschädigung bei Beeinträchtigung dieses Rechts als ein privates Recht behandelt, welches darauf beruhe, dass die durch Anlegung der Strasse ad incertam personam gerichtete Offerte, Häuser zu bauen, stillschweigend angenommen worden sei [101]. In einer neuen Entscheidung hatte es aber ausgesprochen, dass auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein derartiges Recht sich weder aus einem Dienstverhältnisse noch aus einem stillschweigenden Vertrage ableiten lasse [102]. Da nun § 40 a Abs. 1 A.G. z. B.G.B. die Entschädigungspflicht auf die Beeinträchtigung eines Rechts beschränkte und art. 1382. 1384 Code civil, auf welche bisher das Recht des Anliegers auf Entschädigung — m. E. unrichtigerweise — gegründet worden war, nicht mehr galten, bestand die Gefahr, dass aus § 40 a Abs. 1. 2 ein argumentum a contrario gegen die Fortdauer des Entschädigungsanspruchs des Anliegers entnommen werden würde. Dem sollte § 40 a Abs. 3 vorbeugen [103].

II. Eine Ausdehnung der gerichtlichen Zuständigkeit brachte das neue Recht nicht nur dadurch, dass es Sachen, welche früher der Verwaltung zugestanden hatten, ganz der Justiz zuwies, sondern auch dadurch, dass es in Angelegenheiten, welche der Verwaltung zunächst verblieben, das Gericht berief, wenn der Privat-

---

[101] R.G. v. 13. 2. 83 Entsch. Zivils. X 271. R.G. v. 7. 3. 82 Entsch. Zivils. VII 213.

[102] R.G. v. 31. 4. 02 Entsch. Zivils. Bd. 51, 251.

[103] Kommissionsbericht. Verhandlungen des Landesausschusses. XXXI. Session (1904) Bd. 2 S. 1107 f.

mann sich mit der Entscheidung der Verwaltung nicht zufrieden gab. Dadurch wurde aber die Justiz nicht zu einer der Verwaltung übergeordneten Instanz bestellt: die Anrufung des Gerichts hatte zur Folge, dass die Entscheidung der Verwaltung als nicht geschehen galt; das Gericht hatte nicht zu prüfen, ob die Vorentscheidung der Verwaltung das Rechte getroffen habe.

1. Ueber die vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten und der Landesbeamten, welche ein Diensteinkommen aus der Landeskasse beziehen, aus ihrem Dienstverhältnisse und über die Verpflichtung eines solchen Beamten zur Erstattung von Defekten ergeht zunächst ein Beschluss der Verwaltung, gegen welchen der Rechtsweg zulässig ist [104].

2. Eine eigentümliche Teilung der Zuständigkeiten ist für die Feststellung der Entschädigungspflicht der Staatskasse für den Vermögensschaden eingeführt worden, welcher durch Vollstreckung der Strafe gegen eine im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochene Person und durch unschuldig erlittene Untersuchungshaft entstanden ist. Ueber die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung entscheidet das Gericht; die Höhe der Entschädigung wird von der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung festgesetzt, gegen deren Entscheidung binnen 3 Monaten der Rechtsweg zulässig ist [105].

VII.

Rückblick und Schluss.

I. Eine Zusammenfassung der unter deutscher Herrschaft begründeten Aenderungen des bisherigen Rechtszustands ergibt folgende Uebersicht der wichtigsten Ereignisse:

1. Folge der Okkupation ist Fortfall des Staatsrats und des Kompetenzkonflikts.

[104] §§ 149. 150. §§ 134. 144. Ges. v. 23. 12. 1873 (31. 3. 1873).
[105] §§ 4. 5 R.Ges. v. 17. 5. 98. §§ 4. 6 R.Ges. v. 14. 7. 04.

2. Durch Einführung des Strafgesetzbuchs wurde die Zuständigkeit des Bezirksrats zur Bestrafung der die grande voirie betreffenden Uebertretungen beseitigt (art. 4 al. 5, Ges. v. 28 pluv. VIII).

3. Das Beamtengesetz stellte die Beamten unter das gemeine Recht und begründete für ihre Ansprüche und für den Defektenanspruch des Staats den Rechtsweg.

4. Infolge der Reichsjustizgesetzgebung wurde:

a) der Streit über die Zuständigkeit zur Aburteilung der die Veräusserung von Staatsgut betreffenden Streitigkeiten zu Ungunsten des Bezirksrats entschieden (art. 4 al. 7, Ges. v. 28 pluv. VIII; § 4 E.G. z. C.P.O.);

b) durch § 8 A.G. z. G.V.G. die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus Verträgen zwischen der Verwaltung und Unternehmern von öffentlichen Arbeiten und Lieferungen und für Schadensersatzklagen gegen Unternehmer öffentlicher Arbeiten begründet (art. 4 al. 2 und 3, Ges. v. 28 pluv. VIII);

c) der Strafrichter zur Entscheidung präjudizieller Verwaltungsfragen berufen (§§ 260, 261 St.P.O.);

d) die Befugnis des Gerichts zur Anordnung der Beseitigung vorschriftswidriger Bauten in Ansehung des grossen Strassenwesens beseitigt;

e) die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen die Verwaltung für die Verfolgung von Geldforderungen, die sich aus dinglichen Rechten ergaben, beseitigt (§ 15 Z. 2 E.G. z. C.P.O., § 4 A.G. z. C.P.O.);

f) die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs den Gerichten gesetzlich zugestanden (§ 17 G.V.G.).

5. Die auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches erlassene Ausführungsgesetzgebung

a) führte für die Verfolgung der Beamten die Vorentscheidung ein (§ 39 A.G. z. B.G.B.);

b) begründete die gerichtliche Zuständigkeit für die Klage gegen die Verwaltung wegen der von ihren Beamten in Ansehung

der ihnen anvertrauten Gewalt zugefügten Schaden (§ 40 A.G. z. B.G.B.);

c) leitete die öffentlich-rechtliche Entschädigung auf den Rechtsweg (§ 40a A.G. z. B.G.B. [Ges. v. 13. 2. 05], vgl. art. 4 al. 4 Ges. v. 28 pluv. VIII).

Die gerichtliche Zuständigkeit ist sonach — von der unbedeutenden Ausnahme 4d abgesehen — immer mehr ausgedehnt worden.

II. In den einleitenden Ausführungen war gesagt worden, dass sich jede Entwicklung aus der Anpassung an die neuen Bedürfnisse erklärt, und es bleibt nachzuweisen, dass dieser naturgeschichtliche Satz auch auf die Aenderung der Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung zutrifft.

Sämtliche Aenderungen erklären sich aus dem Fortfall des französischen Staatsrats. Es hätte aber doch, sollte man meinen, nahegelegen, die fortgefallene Behörde durch eine neue zu ersetzen. Dem standen aber unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Als während der grossen Revolution der Vorschlag gemacht wurde, besondere Verwaltungsgerichte einzurichten, scheiterte dies an den Kosten. Auch die Einrichtung eines neuen obersten Verwaltungsgerichtshofs für Elsass-Lothringen würde Kosten verursacht haben, die in keinem Verhältnisse zu Zahl und Umfang der von ihm zu erledigenden Geschäfte und der geringen Grösse des Landes gestanden hätten. Und wie hätte man unter Beamten, denen das französische Verwaltungsrecht völlig unbekannt war, Mitglieder für ein oberstes Verwaltungsgericht finden können, auf welche das grosse Ansehen, welche die Mitglieder des französischen Staatsrats genossen, übergegangen wäre? Als dritter Grund mag die Ungewissheit, welche staatliche Form Elsass-Lothringen zu geben sei, hinzugekommen sein. Man suchte sich vorläufig ohne ein oberstes Verwaltungsgericht zu behelfen, und in die entstandene Lücke traten mit der grössten Bereitwilligkeit die Gerichte ein; denn deren Mitglieder hatten noch

in ihrer alten Heimat das Recht erlernt und gaben, ohne sich dessen recht bewusst zu werden, dem neuen Staatswesen, welchem sie ihre Dienste widmeten, die Stellung, welche sie ihrem Heimatsstaate angewiesen haben würden, und nahmen an, dass es wie dieser in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Rechtsprechung der Gerichte unterstehe.

Es entstand die Neigung, wie nach deutschem Recht, den elsass-lothringischen Staat als Fiskus von seinen übrigen Beziehungen abzutrennen und vollständig dem Privatrechte zu unterwerfen. Gern wurde die Handhabe, welche § 4 E.G. z. C.P.O. bot, benutzt, um einen Rechtsgrund für die Unterwerfung des Staats in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen unter das Zivilrecht und die Zuständigkeit der Gerichte zu finden. Das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche verschaffte dieser Rechtsprechung, welche zwar nicht dem Wortlaute des § 4 E.G. z. C.P.O. wohl aber den Erwartungen seines Verfassers entsprach, gesetzliche Anerkennung, und die neuere Gesetzgebung[106] spricht vom Fiskus, gleich als sei dies ein vom Staate verschiedenes, der Rechtsprechung der Gerichte unterliegendes Wesen.

Nachdem ein sehr grosser Teil der von dem französischen Staatsrat gehandhabten Tätigkeit von den Gerichten übernommen worden war, bestand noch weniger Anlass als bei der Einverleibung Elsass-Lothringens, ein neues oberstes Verwaltungsgericht zu schaffen, und die Hoffnung auf ein solches muss wohl endgültig aufgegeben werden.

III. Ist die Entwicklung, welche die Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung in Elsass-Lothringen genommen haben, eine Entwicklung zum Besseren oder eine Rückentwicklung zum Schlechteren?

Wer mit TOCQUEVILLE in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nichts anderes erblickt als die gesetzlich anerkannte Möglichkeit

[106] §§ 2. 4 A.G. z. C.P.O. in der Fassung v. 13. 11. 99.

der Verwaltung, in den Formen der Justiz, unter dem Scheine des Rechts, Unrecht zu tun, wird die grosse Beeinträchtigung, welche die Verwaltungsrechtspflege in Elsass-Lothringen erlitten hat, freudig begrüssen. Wer dagegen erkannt hat, wie sehr der französische Staatsrat die Interessen des Bürgers dem Staate gegenüber wahrgenommen hat, wird bedauern, dass die wie aus einem Gusse hergestellte französische Verwaltungsrechtspflege zwischen der Justiz und verschiedenen Verwaltungsbehörden verzettelt worden ist. Der eine wird behaupten, dass die Verwaltung leicht geneigt ist, „dans un but utile" von der strengen Beobachtung der Gesetze Abstand zu nehmen, der andere dem gegenüber nicht mit Unrecht darauf hinweisen, dass die Gerichte oft bestrebt sind, verwaltungsrechtliche Fragen in die engen Begriffe des Civilrechts einzuzwängen, wie die Behandlung beweist, welche das Reichsgericht dem Entschädigungsanspruche des Strassenanliegers für Veränderung der Strasse hat angedeihen lassen. Jedermann wird daher auf die Frage, ob der jetzige Zustand in Elsass-Lothringen dem früheren vorzuziehen ist, die Antwort geben, welche seinen Neigungen und Voreingenommenheiten am besten entspricht.

Die richtige Antwort wird diejenige sein, welche sich aus der Handhabung des Rechts durch Justiz und Verwaltung ergibt. Der in Elsass-Lothringen bestehende Zustand ist zwar, solange das oberste Verwaltungsgericht fehlt, ein lückenhafter und darum in dem äusseren Aufbau weniger vollkommen als der frühere. Als ein Schaden kann dies aber nicht betrachtet werden, wenn auf Elsass-Lothringen zutrifft, was AUCOC von Frankreich sagt: „s'il y a des autorités differentes pour juger les contestations de droit privé et les litiges de droit administratif, il n'y a qu'une justice" [107].

[107] AUCOC, Le conseil d'Etat et le recours pour excès de pouvoir. Revue des deux mondes. 1. Sept. 1878 S. 31.

Ebenbürtigkeit und Virilstimmen.

Von

Dr. FELIX HAUPTMANN in Lichterfelde.

I.

1. Bekanntlich kommt in den Familien des hohen Adels von Alters her das Ebenbürtigkeitsprinzip vor, d. h. bei einer Reihe von ihnen müssen die Mitglieder derselben ihre Frauen aus dem Kreise ihrer Standesgenossen nehmen, widrigenfalls die Kinder nicht zur Familie ihres Vaters gehören und keinen Anspruch auf die Familiengüter haben. Allein nicht in allen diesen Familien besteht diese Forderung zu Recht. Eine ganze Reihe von ihnen gestattet auch Ehen mit Damen aus dem niederen Adel. Da ist es nun eine alte Streitfrage: nach welchen Gesichtspunkten regelt sich diese Frage, welche allgemeine Formel lässt sich finden, die in dieser Beziehung die Familien des Hochadels in zwei Gruppen teilt, welche Kriterien sind für die Frage massgebend, ob eine Familie des Hochadels an die Beobachtung des Ebenbürtigkeitsprinzips gebunden ist oder nicht.

Hier waren es schliesslich zwei Auffassungen, die um die Herrschaft stritten. Die eine — heute am meisten verbreitete — stritt rundweg ab, dass man hier von zwei Gruppen sprechen könne. Der hohe Adel sei ein einheitlich entstandener Stand; das Ebenbürtigkeitsprinzip sei in ihm im Mittelalter erwachsen, und so bestehe es eigentlich für alle seine Familien

zu Recht, wenn nicht etwa einzelne es ausdrücklich durch Hausgesetze oder klar erkennbare Observanz abgeschafft hätten [1]. Die andere, die ihren Blick vor allem darauf heftete, dass doch faktisch eine ganze Anzahl von Familien des Hochadels das Ebenbürtigkeitsprinzip nicht anerkennt, erklärte, es sei erst in der Neuzeit unter dem Einfluss des Absolutismus entstanden; und zwar hätten allerdings alle Familien des Hochadels es aufstellen wollen, es sei aber nur den reichen und mächtigen gelungen, es zur Durchführung zu bringen. Wer zu diesen gehöre, dafür gebe es ein leicht erkennbares Stichwort, und das sei der Fürstentitel. Die Familien, die so reich und mächtig waren, dass sie ihn sich hätten verschaffen können, seien auch in der Lage gewesen, das von allen Familien angestrebte Ebenbürtigkeitsprinzip zur Durchführung zu bringen.

In einer S. 529 des Jahrgangs 1902 des Archivs für öffentliches Recht veröffentlichten Untersuchung war ich zu dem Resultat gekommen, dass der hohe Adel keine so homogene Klasse bilde, wie die erste dieser Auffassungen annahm, sondern aus zwei Gruppen von sehr verschiedener Herkunft sich zusammensetze, und dass für die Präsumption des Ebenbürtigkeitsprinzips eben diese Herkunft, nicht aber der Fürstentitel massgebend sei. Bei denjenigen hochadligen Familien nämlich, die aus altfreien Herren- und Grafengeschlechtern hervorgegangen sind, durften ursprünglich die Frauen nicht aus Ministerialenfamilien genommen werden — eine Folge der erst seit dem 13. Jahrhundert verschwindenden Unfreiheit der letzteren, da Ehen zwischen Freien und Unfreien verboten waren, resp. die Kinder aus solchen Ehen nicht erbfähig waren. Dies Verbot aber habe sich in den ehemals altfreien Familien als Ebenbürtigkeitsprinzip bis auf den heutigen Tag erhalten. Bei der anderen Klasse der hochadligen Familien, bei denen nämlich,

[1] Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895 S. 403 f., wo auch die Literatur angegeben ist.

die selbst ursprünglich Ministerialenfamilien gewesen und erst seit dem 16. Jahrhundert durch den Erwerb eines reichsfreien Territoriums mit Reichsstandschaft in den hohen Adel eingetreten sind, konnte die Idee nicht entstehen, es sei ihnen verboten, ihre Frauen aus diesen Kreisen zu nehmen, denen sie doch selbst früher angehört und denen sie ihre Frauen doch immer entnommen hatten, und so besteht bei diesen das Ebenbürtigkeitsrecht nicht.

Eine neue Erklärung der vielumstrittenen Frage hat in jüngster Zeit Rehm[2] versucht, die man als eine Vereinigung der beiden früheren Auffassungen ansehen kann. Er erklärt, es hätten im Laufe der Zeit zwei verschiedene Ebenburtsrechte beim Hochadel bestanden, das eine im Mittelalter bis gegen 1450, das andere von 1550 bis heute. Der Grund dieses zweiten Ebenbürtigkeitsprinzips sei der splendor familiae gewesen, zu dessen Erhöhung die Hochadligen sich gegen den niedern Adel[3] abgeschlossen hätten. Und zwar habe bei allen Familien des Hochadels der Wunsch bestanden, das zu tun; ihn zur Durchführung zu bringen, sei aber nur denjenigen gelungen, die im Reichsfürstenrate über eine Virilstimme verfügten, während die Reichsgrafen, die zusammen nur über vier Kuriatstimmen geboten, hierzu wirtschaftlich nicht in der Lage gewesen wären.

Vergleicht man diese Theorie mit der älteren Doktrin, so stimmt sie mit der vorhin skizzierten ersten Auffassung darin überein, dass sie annimmt, im Mittelalter habe das Ebenbürtigkeitsprinzip im ganzen Hochadel, bei allen Fürsten- und Herrengeschlechtern, bestanden, wobei Rehm weiter meiner Erklärung

[2] Rehm, Modernes Fürstenrecht, München 1904 S. 153 ff.

[3] Der Ausdruck „Ritter“ mit dem Rehm oft den niedern Adel bezeichnet, ist nicht empfehlenswert. Einmal weil Ritter eine persönliche Würde bezeichnet; die Familien werden ritterbürtige genannt. Dann aber wurden auch die Hochadligen Ritter, so dass das Wort den Gegensatz zum hohen Adel nicht bedeutet, den Rehm doch ausdrücken will.

beipflichtet, dass es die Unfreiheit des niedern Adels gewesen sei, die seinem Connubium mit dem Hochadel im Wege stand. Dadurch dass REHM dann um 1450 das mittelalterliche Ebenburtsprinzip zu Grunde gehen lässt, kann er für die Neuzeit sich der zweiten Auffassung anschliessen, welche will, dass das heutige Ebenburtsrecht seit der Mitte des 16. Jahrhunderts auf dem Boden der absoluten Fürstengewalt erwachsen sei. Er folgt ihr auch dahin, dass er annimmt, es bestehe nicht im ganzen Kreise der Hochadligen, sondern es sei nur den „mächtigeren" gelungen, es durchzusetzen, gibt aber als Kennzeichen der „mächtigeren" nicht die Fürstenwürde, sondern den Umstand an, dass die betreffenden Familien im Reichsfürstenrate zu einer Virilstimme berechtigt gewesen wären.

Es dürfte sich lohnen, die einzelnen Punkte dieser Hypothese näher zu untersuchen.

2. Da ist zunächst die Behauptung vom Untergange des mittelalterlichen Ebenbürtigkeitsprinzips in der Mitte des 15. Jahrhunderts. „Das mittelalterliche hochadliche Ebenburtsrecht", sagt REHM[4], „ist durch Aufnahme des römischen Rechts in der Zeit von 1450—1550 in Deutschland als Rechtsinstitut beseitigt worden. Das spätere römische Recht kennt keine Beschränkungen der Ehen zwischen Freien mehr. — Indem diese Sätze in der gesamten juristischen Literatur im 16. Jahrhundert und bis in die zweite Hälfte des 17. Jahrhunderts fast ausnahmslos als in Deutschland allein geltend angeführt und verteidigt werden, wird auch die Ehe eines Hochadligen mit jeder Freien, also sogar mit einer Bürgerlichen für ebenbürtig erklärt." Entgegenstehende Gewohnheit in fürstlichen Häusern sei nicht begründet und nicht erweisbar! Es ist also nur die römischrechtliche Literatur, deren Behauptungen ihm den Beweis dafür liefern, dass das Ebenburtsrecht des Mittelalters um 1450 unter-

---

[4] Ebenda S. 155.

gegangen und spurlos verschwunden sei[5]. Damit ist diesen Schriften doch etwas zuviel Gewicht beigelegt. Die Romanisten bestritten und bekämpften bekanntlich alles, was nicht ins römisch-rechtliche System hineinpasste. Aber wenn sie in vielen Fällen es auch durchgesetzt haben, dass die entgegenstehenden deutschrechtlichen Auffassungen zurückgedrängt wurden, dann ist das noch lange nicht überall der Fall gewesen, sondern eine ganze Reihe germanistischer Rechtsinstitute ist allen Anstrengungen der römisch-rechtlich gebildeten Juristen zum Trotz in Geltung geblieben[6].

Ist das nun auch beim Ebenbürtigkeitsprinzip der Fall? REHM meint es verneinen zu dürfen. Die auffallende Erscheinung, dass es später doch noch immer existiert, versucht er mit der Behauptung auszuräumen, es sei eben seit der Mitte des 16. Jahrhunderts ein neues Ebenburtsrecht entstanden, welches mit jenem gar nichts zu tun hätte. Hundert Jahre lang, von 1450 bis 1550 habe die römisch-rechtliche Auffassung geherrscht, dann sei das neue Ebenburtsrecht beim hohen Adel eingeführt worden. Da ist es nun doch merkwürdig, dass diese beiden Ebenburtsrechte, die doch nur durch eine verhältnismässig kurze Zeit von einander getrennt sind, die ganz den gleichen Inhalt haben, die in den nämlichen Kreisen existieren, gar nichts miteinander zu tun gehabt haben sollen! Dazu kommt, dass die Kreise, in denen diese Grundsätze galten, mächtig genug waren, sich den Romanisten zu widersetzen, auch nicht geneigt waren, von ihnen Rechts-

[5] Es ist auffallend, dass REHM der communis opinio der Juristen eine so massgebende Stellung in einer Frage einräumt, in der seine Ansicht, wie er selbst zugibt (S. 170), der communis opinio der heutigen Juristen widerstreitet. Unter Umständen hält also auch er „Sätze, die in der gesamten juristischen Literatur fast ausnahmslos als geltend angeführt werden", für unrichtig und anfechtbar.

[6] Manche deutschen Rechtsinstitute — haben sich gegenüber dem römischen Recht als lebenskräftig bewährt und die Anwendung der korrespondierenden fremden Rechtsätze verhindert. STOBBE, Deutsches Privatrecht I. Berlin 1871 S. 19.

anschauungen sich aufdrängen zu lassen, die ihnen nicht konvenierten. Ist es da von vornherein nicht wahrscheinlicher, dass wir es hier wieder einmal mit einem deutschrechtlichen Institut zu tun haben, welches von den Romanisten bekämpft wurde, weil es ihnen nicht in den Kram passte, welches diesem Andrängen aber widerstand, so dass die Romanisten schliesslich ihre Versuche aufgeben mussten? [7]. Es wäre doch eine merkwürdige Erscheinung, wenn das Gewicht des römischen Rechts wohl schwer genug gewesen wäre, um ein altes, fest eingewurzeltes Recht zu zerstören, aber nicht schwer genug, um die neue Bildung des nämlichen Rechtes zu verhindern. Es ist doch immer leichter, eine Neubildung zu vereiteln, als etwas seit alter Zeit Bestehendes zu zerstören! Und nun soll die schwerere Aufgabe dem römischen Rechte gelungen sein, während es die leichtere nicht hätte lösen können! Da ist es doch richtiger, umgekehrt zu sagen: wenn das römische Recht nicht stark genug war, um die Neubildung des Ebenbürtigkeitsprinzips seit dem 16. Jahrhundert zu hindern, dann war es sicher nicht stark genug, um das mittelalterliche Ebenburtsrecht zu untergraben. Finden wir dieses aber wie im Mittelalter, so auch in der Neuzeit, dann muss man zugeben, dass es das nämliche Rechtsinstitut ist, welches sich siegreich gegen alle Angriffe behauptet hat.

Zudem benimmt Rehm selbst dem einzigen Beweise, den er bringt, alle Kraft. Er will, man solle blindlings den Romanisten glauben, welche behaupten, alle Ehen zwischen Freien seien vollgültig. „Entgegenstehende Gewohnheit in fürstlichen Häusern sei nicht begründet und nicht erweisbar.“ So „die gesamte juristische Literatur im 16. und bis in die zweite Hälfte des 17. Jahrhunderts fast ausnahmslos“ [8]. Nun gibt Rehm

---

[7] Vergl. über die nämliche Erscheinung beim Wappen mein „Wappenrecht“, Bonn 1896. S. VI 22 ff.

[8] S. 155.

aber selbst zu, schon seit 1550 habe sich das neue Ebenburtsrecht gebildet. Trotzdem fuhren, wie er selbst zugibt, die Juristen „bis in die zweite Hälfte des 17 Jahrhunderts“, also noch hundert Jahre weiter fort, zu behaupten, es existiere nicht. Für die Zeit nach 1550 ist ihre Behauptung demnach auch nach seiner Auffassung offenbar falsch. Ist sie aber für diese Zeit, wie REHM selbst zugeben muss, falsch, dann kann sie auch für die frühere Zeit falsch gewesen sein; ihr Zeugnis genügt jedenfalls nicht, um den Beweis zu führen, den er damit führen will.

Dass aber die Behauptung der römischrechtlichen Literatur auch für die Zeit von 1450—1550 der Wahrheit nicht entspricht, erkennen wir, wenn wir unsern Blick von der grauen Theorie abwenden und ihn auf „des Lebens goldnen Baum“, nämlich auf die Praxis, lenken. Wenn die Anschauung richtig ist, das Ebenbürtigkeitsprinzip habe von 1450—1550 nicht bestanden, dann müssen wir in diesen Jahren in den hochadligen Häusern Mengen von Heiraten mit Damen aus dem niedern Adel finden. Das ist aber nicht der Fall. SEYLER hat die Heiraten der zu den vier Grafenkollegien gehörigen gräflichen Familien von 1400—1806 untersucht[9]. Es fanden darin in diesem Zeitraum 868 Eheschliessungen statt. Von diesen hat Dr. WITTING 39 (zum Teil unrichtig) als ungleich beanstandet, eine Zahl, die SEYLER auf 8 herabmindert. Diese Ehen mit Damen aus dem niedern Adel fallen nun mit einer einzigen Ausnahme nicht in die von REHM als kritisch bezeichnete Zeit von 1450—1550, sondern in die Jahre zwischen 1674—1723, also in eine Periode, in der nach REHMS Auffassung das durch den Absolutismus hervorgerufene neue Ebenbürtigkeitsprinzip gerade in kräftig-

[9] SEYLER, Historisch-genealogische Prüfung der von Dr. WITTING zusammengestellten unbeanstandet gebliebenen Ehen reichsständischer Grafen und Damen aus freiherrlichen Familien. Berlin 1897. S. 24.

ster Blüte gewesen sein müsste. Gegenüber dieser Erscheinung dürfte REHMs Beweis, der allein in einem Hinweis auf die römisch-rechtliche Literatur besteht, nicht ausreichen, um seine Behauptung plausibel zu machen. Eine Betrachtung der Praxis ergibt demnach, dass das Ebenbürtigkeitsprinzip in der Zeit, in der es nach REHM ganz verschwunden sein musste, kräftig weiterblühte, und dass es gerade in der Zeit alteriert wurde, als es nach seiner Theorie sich zu neuer Blüte entwickelt hatte.

3. Entspricht so die Ansicht, „das Ebenburtsprinzip des Hochadels in der Neuzeit, d. h. im 17. und 18. Jahrhundert hänge rechtshistorisch mit jenem hochadligen Ebenburtsgrundsatz des 14. Jahrhunderts gar nicht zusammen", in keiner Weise den Tatsachen, dann gilt das Nämliche auch von der Anschauung, die REHM über das angeblich neu erwachsene Ebenbürtigkeitsprinzip der Neuzeit hat. Um den splendor familiae, die fürstenmässige Stellung der hochadligen Familien zu erhöhen, sei es von diesen eingeführt worden. Diese fürstenmässige Stellung aber basierte auf der Reichsstandschaft. „Was die Fürsten, Grafen und Freien Herren verbindet", sagt REHM ganz richtig, „ist jetzt die Zugehörigkeit zu einem Reichstagskollegium. Nicht mehr ihre Hochfreiheit ist es, was sie eint, sondern Reichsstandschaft. Den hohen Adel bildet jetzt die Gesamtheit der persönlichen, d. h. nicht reichsstädtischen Reichsstände. Hoher Adel ist die Gesamtheit der reichsständischen Häuser" [10]. Allerdings ist es vollständig richtig, dass die Reichsstandschaft seit dem 16. Jahrhundert das Kriterium des hohen Adels war; damit ist aber doch nicht gesagt, dass diese Stellung notwendig das Ebenbürtigkeitsprinzip hervorrufen musste. In anderen Ländern ist das doch auch nicht der Fall. Hat doch nicht einmal die

[10] S. 159.

Souveränetät, die doch noch mehr ist, wie die Reichsstandschaft, diese Folge! Denn in den ausserdeutschen Staaten, abgesehen von Oesterreich und Russland, kennt man das Ebenbürtigkeitsprinzip nicht, wie REHM das selbst ja angibt [11]. Die Reichsstandschaft reicht somit durchaus nicht aus, um das Ebenbürtigkeitsprinzip zu erklären.

4. Trotzdem begnügt sich REHM, den Satz, dass die Reichsstandschaft die Wurzel des Ebenburtsrechts sei, ohne weitere Begründung als selbstverständliche Wahrheit hinzustellen. Es entgeht ihm allerdings nicht, dass, wenn sie das wirklich wäre, wir das Ebenburtsprinzip auch bei allen reichsständischen Familien finden müssten. Bekanntlich ist das nicht der Fall. Es gibt nämlich eine Anzahl hochadliger und einstmals reichsständischer Familien, bei denen es nicht gilt. Das sieht REHM ein und deshalb macht er eine Einschränkung: „Der Grundsatz der reichsständischen Ebenburt sei zunächst nur in differenzierten Formen, nicht einheitlich aufgetreten, wieder eine Folge des Rechtes der Reichsstandschaft, ihrer näheren Organisation und weiteren Entwicklung". Für diese Differenzierung aber sei massgebend der Umstand, ob das betreffende Haus im Reichsfürstenrat eine Virilstimme geführt habe, oder ob es nur an einer Kuriatstimme beteiligt gewesen sei.

Es sassen nämlich die Reichsgrafen zwar auch alle im Reichsfürstenrat, aber von den 65 weltlichen Stimmen, die er vor Beginn der französischen Revolution zählte, hatten die sämtlichen 103 Grafen zusammen nur 4, da sie in vier Kurien verteilt waren. deren jede nur eine Stimme abgab. Dagegen, betont REHM, hatten die Fürsten 56 Virilstimmen und ausserdem noch 5 Kuriatstimmen, in welch letztere sich nur 12 Fürsten teilten [12]. Dieser überwiegende politische Einfluss stellte nach seiner

[11] S. 172.

[12] Was REHM mit den 5 fürstlichen Kuriatstimmen sagen will, ist mir nicht klar geworden. So viel ich sehe, zählte der Reichstag 1792 94 Viril-

Anschauung die Fürsten so unendlich viel besser als die Reichsgrafen, dass sie das Ebenburtsrecht durchzuführen wohl in der Lage waren, während die Grafen ungeachtet ihres Wunsches, das auch zu tun, dazu nicht im Stande waren.

Dieser grössere politische Einfluss, den die Virilstimme verschaffte, musste, so meint REHM, notwendig auf das Ebenburtsrecht wirken. „Nur wenn man diesen wichtigen Unterschied unbeachtet lässt", bemerkt er gegen meine Darlegungen, „kann man schreiben, es sei nicht zu verstehen, dass der Umstand, ob der Chef einer Familie im Fürstenrat oder im Grafenkollegium sass, einen Einfluss auf die Eheschliessungspraxis der betreffenden Häuser hätte ausüben können". Nun wäre es ja immerhin möglich — so unwahrscheinlich es auch an und für sich ist — dass die Virilstimme irgendwie auf das Ebenburtsrecht eingewirkt hätte. Was ist schliesslich nicht alles möglich! Aber diese Möglichkeit genügt denn doch nicht. Es wäre noch erst der Nachweis zu führen, dass nicht nur möglicherweise, sondern auch wirklich dieser Einfluss stattgehabt hat. Statt dessen beweist REHM — das Gegenteil! Er erklärt selbst, dass seine Hypothese falsch ist! Allerdings auf einem Umweg. In längerer Ausführung weist er nach, welche Folgen die Virilstimmen nach seiner Theorie für das Ebenburtsrecht notwendig hätten haben müssen, um schliesslich zu erklären, dass sie in Wirklichkeit diese Folgen nicht hatte. Den daraus sich logisch ergebenden Schluss zu ziehen, dass dann die Virilstimmen den Einfluss, den er ihnen zuschrieb, nicht gehabt haben können, unterlässt er. Seine Darlegungen sind kurz folgende:

und 6 Kuriatstimmen. Diese letzteren waren die der 4 Grafenbänke, ferner die der 2 Prälatenbänke, deren Stimmführer aber als Cölibatäre auf die Bildung eines Ebenbürtigkeitsrechts ebensowenig Einfluss ausübten, als die geistlichen Fürsten, die REHM deshalb mit Recht ausser Betracht lässt. Von den 5 fürstlichen Kuriatstimmen finde ich nichts. Sollte REHM die Kollektivstimmen einzelner Häuser damit meinen?

5. Zwei verschiedene Folgen sind es, die die Virilstimmen nach seiner Idee hätten hervorrufen müssen:

1) Hätten die Virilstimmberechtigten allen andern, also auch den kuriatstimmberechtigten Grafen das Konnubium versagen müssen.

2) Hätten die Virilstimmen den Reichsständen erst die Möglichkeit gewährt, das Ebenburtsrecht durchzuführen.

Dass die erste Folge nicht vorhanden war, gibt REHM selbst zu, nachdem er vorher mit einer, den flüchtigen Leser geradezu verwirrenden Bestimmtheit erklärt hat, aus seiner Theorie „ergebe sich, dass er recht habe, wenn er behaupte", die Virilstimme habe die Fürsten veranlassen müssen, die Reichsgrafen von ihrem Konnubium auszuschliessen[13]. Drei Seiten weiter teilt er dann mit, dass er mit dieser Behauptung nicht recht, sondern unrecht habe, dass seine Theorie falsch sei, dass die Wirklichkeit anders sei, als sie nach seiner Theorie sein müsste, denn faktisch hätten die Virilstimmen die Folgen, die ihm als selbstverständlich erschienen, nicht gehabt; die Reichsfürsten hätten vielmehr alle Reichsstände, auch die Reichsgrafen, für ebenbürtig angesehen[14]. Zu welchem Zwecke er dann die ganze Theorie aufgestellt hat, ist nicht recht ersichtlich.

Nicht ganz so geradeheraus, sondern etwas verblümter gibt er dann weiter zu, dass die Virilstimmen auch die zweite Folge, die er ihnen zuschrieb, in Wirklichkeit gar nicht gehabt hätten. Während er nämlich ganz allgemein behauptet, erst die Virilstimme mit ihrem grossen politischen Einfluss habe es den Reichsständen ermöglicht, das Ebenburtsrecht durchzuführen, hören wir dann plölzlich zu unserer Ueberraschung, dass nur die kur- und altfürstlichen, nicht aber die neufürstlichen Geschlechter das Eben-

[13] S 161. [14] S. 164.

bürtigkeitsprinzip aufgestellt hätten [15]. Warum denn nur diese? Warum nicht auch die Neufürsten? Diese hatten doch auch Virilstimmen! Der Unterschied zwischen Alt- und Neufürsten liegt doch vor dem Jahre 1582, d. h. eigentlich im Mittelalter, während das angebliche neue Ebenburtsrecht nach seiner Auffassung sich erst in der Neuzeit, nämlich seit etwa 1600, gebildet haben und „jedenfalls erst gegen Mitte des 18. Jahrhunderts vollkommen zur Geltung gelangt“ [16] sein soll, also zu einer Zeit, wo Reichsstandschaft und Virilstimme, die beiden angeblich für das Ebenburtsrecht massgebenden Faktoren, alt- und neufürstliche Familien gleichmässig beeinflussen mussten. Und nun sollen auf einmal die Virilstimmen nur bei den Kur- und Altfürsten Wirkung gehabt, dagegen bei der ganzen und recht zahlreichen Klasse der Neufürsten ihre Kraft verloren haben? Wenn dem so ist, dann haben sie gar nicht den Einfluss gehabt, der ihnen zugeschrieben wird — mit andern Worten, Rehm gibt selbst zu, dass auch hier die Wirklichkeit anders ist, als sie nach seiner Theorie sein müsste, dass die Virilstimmen die Möglichkeit, das Ebenburtsrecht durchzuführen, nicht gewährten, somit für dies Recht ganz belanglos sind.

6. Rehm gibt auch den Grund an, weshalb das Ebenbürtigkeitsprinzip nur bei den altfürstlichen nicht aber bei den neufürstlichen Familien zu Recht bestehen soll. „Die neufürstlichen Häuser“, sagt er, „waren nicht in der Lage, sich gegen ihre bisherigen Genossen (nämlich den niedern Adel) eherechtlich streng abzuschliessen“ [17]. Es ist das das Gleiche, was er vorher von Reichsgrafen und -freiherren erklärt hat, sie seien „wegen ihres geringeren Länderbesitzes nicht in der wirtschaftlichen Lage gewesen, dass sie in der gleich schroffen

[15] S. 166. [16] S. 155. [17] S. 162.

Weise allen Ehen mit nicht hochadligen Freien Standesmässigkeit absprachen. Sie waren wirtschaftlich gezwungen, Ehen mit Mitgliedern des niedern Adels Vollwirksamkeit beizulegen" [18]. Somit liegt nach seiner Meinung die Sache so, dass nur die altfürstlichen Familien das Ebenburtsrecht durchsetzen konnten, dass aber bei den neufürstlichen, altgräflichen und reichsfreiherrlichen Geschlechtern der auch bei ihnen vorhandene Wunsch, es einzuführen, an ihrem geringeren Länderbesitz und somit an der Beschränktheit ihrer Mittel gescheitert sei.

Hiermit widerspricht REHM vollständig dem, was er vorher gesagt hat. Vorher behauptet er, dass erst die Virilstimme mit ihrem wichtigen politischen Einfluss es den Reichsständen möglich gemacht habe, das Ebenburtsrecht durchzuführen, und hier hören wir, dass es den Neufürsten trotz der Virilstimme nicht möglich gewesen sei, es durchzuführen — dass hier die Virilstimme das Ebenburtsrecht nicht habe ermöglichen können. Also auch hier gibt er zu, dass die Virilstimmen den Einfluss nicht hatten, den er ihnen anfänglich zuschrieb, dass seine Theorie falsch ist.

7. Auch die Virilstimme versagt also nach seiner Theorie, wenn die nötige wirtschaftliche Lage nicht vorhanden ist. Ist das der Fall, ist wirklich in letzter Linie die wirtschaftliche Lage für die Frage massgebend, ob ein Haus das Ebenburtsrecht durchführen konnte oder nicht, dann wäre es doch viel richtiger, gar nicht erst lange von alt- und neufürstlich, von Fürsten und Grafen, von Viril- und Kuriatstimmen und allen möglichen andern Dingen, die doch keinen Einfluss darauf haben, zu sprechen, sondern nur von dem, worauf es schliesslich ankommt, nämlich von der wirtschaftlichen Lage.

---

[18] S. 161.

Seine These müsste hiernach lauten: Alle Reichsstände hatten die Absicht, das Ebenburtsrecht durchzuführen; verbindliches Recht ist es aber nur bei denen geworden, die wirtschaftlich in der Lage, d. h. reich genug waren, es auch faktisch durchzuführen. Dies allein wäre die logische Konsequenz seiner Aufstellungen. Wenn er dann noch eine Anleitung für den einzelnen Fall hinzufügen wollte, könnte es nur die sein, dass er erklärte: bei welchen Häusern sich das Ebenburtsrecht faktisch als rechtsverbindlich entwickelt hat, das kann hiernach nur eine quaestio facti sein. Es wäre zu untersuchen, ob es dem betreffenden Hause gelungen ist, während einer gewissen Zeit es durchzuführen, so dass man z. B. sagen könnte: sind in einem reichsständischen Hause während 100 Jahren nur ebenbürtige Ehen abgeschlossen worden, dann hat es das Ebenburtsrecht durchführen können und es ist darin zum verbindlichen Rechtsinstitut erwachsen. Statt dessen verirrt sich Rehm in Betrachtungen über die Virilstimmen, was sie leisten könnten und faktisch doch nicht leisteten, so dass seine Gedankengänge sich schliesslich in folgenden seltsam anmutenden Sätzen zusammenfassen lassen:

1) Die Reichsstandschaft ist die Wurzel des Ebenbürtigkeitsprinzips, denn sie weckte in allen Reichsständen den Wunsch, sich eherechtlich gegen den niedern Adel abzuschliessen.

2) Die Reichsstandschaft ist aber nicht ausreichend, um diesen Wunsch in die Tat zu übersetzen; es musste vielmehr eine Virilstimme hinzukommen.

3) Die Virilstimme ist aber auch nicht ausreichend hierzu, sondern man musste auch wirtschaftlich in der Lage sein, es durchsetzen zu können.

Und ohne weiteren Nachweis erklärt er schliesslich:

4) Wirtschaftlich hierzu imstande waren nur die kur- und altfürstlichen Geschlechter.

Wie die Sache liegt, wenn ein Reichsstand ohne Viril-

stimme doch wirtschaftlich in der Lage ist, es durchführen zu können, sagt er nicht; er hält den Fall wohl für unmöglich. Wir werden sehen, dass auch hierin seine Anschauung der Wirklichkeit nicht entspricht.

II.

1. Jede Theorie ist stets nur ein Versuch, die Wirklichkeit zu erklären. Haben wir REHMs Theorien bis jetzt auf ihre innere Wahrscheinlichkeit untersucht, dann wollen wir sie nun einmal mit der Praxis vergleichen. Wir werden dann finden, dass sie in keiner Beziehung mit ihr übereinstimmen.

Nach REHMs Anschauung sind schliesslich nur die altfürstlichen Geschlechter (denn die kurfürstlichen sind auch altfürstlich) wirtschaftlich in der Lage das Ebenburtsrecht durchzuführen. Er erklärt demnach altfürstlich von vornherein als identisch mit wirtschaftlich stark, neufürstlich, altgräflich und reichsfreiherrlich als identisch mit wirtschaftlich schwach. Man darf diesen Satz nur aussprechen, um sich sofort seiner Unrichtigkeit bewusst zu werden. Es gibt sehr reiche neufürstliche und altgräfliche und sehr wenig bemittelte altfürstliche Familien. Das 1694 erloschene altfürstliche Haus Pfalz-Veldenz, gar eine kurfürstliche Nebenlinie, lebte, trotzdem ihm eine Virilstimme zu Gebote stand, in den allerbescheidensten Verhältnissen [19], während die neufürstlichen Liechtenstein, Lobkowitz, Auersperg und die nur auf der Grafenbank sitzenden Fugger, Schwarzenberg und Thurn und Taxis recht gut situiert waren und sind. Ebensowenig entspricht es der Sachlage, wenn man ohne weiteres voraussetzt, die reichsgräflichen und neufürstlichen Familien hätten alle

[19] TH. GÜMPEL, Geschichte des Fürstentums Pfalz-Veldenz, Kaiserslautern. 1900 S. 326 ff.

geringeren Länderbesitz gehabt als die altfürstlichen. Ist es denn richtig, dass die kurfürstlich sächsischen Nebenlinien

Weimar	mit ca.	20	Quadratmeilen
Eisenach	„	11	„
Koburg	„	32	„
Gotha	„	20	„
Altenburg	„	35	„

oder das altfürstliche Haus Anhalt, von dessen Linien

Dessau	16	Quadratmeilen
Bernburg	15	„
Köthen	12	„

besass, infolge ihres Länderbesitzes wirtschaftlich besser in der Lage waren, das Ebenburtsprinzip durchzuführen als das neufürstliche Haus

Ostfriesland	mit	54	Quadratmeilen oder
Fürstenberg	„	60	„

und jedenfalls konnten die nur auf der Grafenbank sitzenden

Waldeck	mit	20	Quadratmeilen
Lippe	„	20	„
Oettingen	„	24	„

und mancher andere sich einzelnen altfürstlichen Familien an Länderbesitz und wirtschaftlicher Lage wohl zur Seite stellen. Es ist also unrichtig, Länderbesitz und wirtschaftliche Lage ohne weiteres mit den Begriffen alt- und kurfürstlich zu verbinden oder als unvereinbar mit neufürstlich oder altreichsgräflich zu erklären.

2. Es ist weiter ebenso verfehlt, die wirtschaftliche Lage überhaupt als so allein massgebend für die Eheschliessungen des Hochadels hinzustellen und schlechthin anzunehmen, dass alle Hochadligen, die wirtschaftlich dazu in der Lage waren, ebenbürtige Ehen zu

schliessen beabsichtigten, und dass umgekehrt alle Mesalliancen eine Folge einer wirtschaftlich schlechten Lage wären. Häufig liegen die Verhältnisse gerade umgekehrt. Wirtschaftlich schlechter gestellte Häuser haben viel mehr Veranlassung darauf zu dringen, dass ihre Mitglieder ebenbürtige gute Partien machen, um sich in ihrer Stellung zu halten, während gut situierte Hochadlige oft geneigt sind, ihren persönlichen Wünschen folgend, unter dem Stande zu heiraten. So finden wir nicht selten, dass gerade der Chef des Hauses, also der Bestsituierte der Familie, eine Mesalliance eingeht. Und ausserdem kommen solche Ehen doch auch in altfürstlichen Familien vor, in denen doch nach REHM ein wirtschaftlicher Zwang nicht vorhanden sein soll.

Wenn, um nur einige aus der grossen Zahl hervorzuheben, König Friedrich Wilhelm III. v. Preussen in zweiter Ehe sich mit der Fürstin Liegnitz (Gräfin Harrach), Herzog Georg II. v. Sachsen-Meiningen 1873 sich mit der Freifrau v. Heldburg, Erzherzog Franz Ferdinand v. Oesterreich sich 1900 mit der Gräfin Chotek vermählte, dann weiss jeder, dass es kein wirtschaftlicher Zwang war, der diese Ehen veranlasst hatte. Aehnlich liegt auch die Sache in neufürstlichen und altreichsgräflichen Häusern. Wenn der reiche Fürst Max v. Thurn und Taxis 1828 eine unebenbürtige Ehe mit Henriette, Freiin v. Dörnberg, einging, dann hat ihn dazu gewiss nicht seine wirtschaftliche Lage veranlasst; konnte doch sein Sohn 1858 eine bayerische Prinzessin heimführen. Oder sollte es für den Grafen Julius Schaesberg, den Chef des Hauses, der 1853 die Gräfin Thekla v. Hompesch heiratete, wirtschaftlich schwerer geworden sein, eine ebenbürtige Ehe zu schliessen, als für seinen Bruder Rudolf, der sich 1847 in ebenbürtiger Ehe mit Gräfin Mechtilde v. Waldburg-Zeil vermählte? Hatten sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauses Neipperg so

verbessert, dass Graf Alfred, der sich 1835 unebenbürtig mit Gräfin Josephine v. Grisoni verheiratet hatte, in zweiter Ehe eine Prinzessin v. Württemberg heimführen konnte, oder hatten sich umgekehrt die des Fürsten Otto Friedrich v. Schönburg so ungemein verschlechtert, dass er, der 1817 die Prinzessin Thekla v. Schwarzburg-Rudolstadt zur Gattin erhalten hatte, in zweiter Ehe 1855 eine zweite unebenbürtige Ehe mit der Freiin Pamela Labunska einging? Oder war es eine wirtschaftlich ungünstige Lage, die 1711 den regierenden Herzog Anton Ulrich v. Sachsen-Meiningen zu der bekannten Ehe mit Cäsarea Schurmann, also gar mit einer Bürgerlichen, zwang, wo er doch nach deren Tode 1750 mit Charlotte Amalie, Landgräfin v. Hessen, eine ebenbürtige Ehe abschliessen konnte?

Die wirtschaftliche Lage, die nach Rehm in letzter Linie in souveräner Weise das Ebenbürtigkeitsprinzip beeinflussen soll, spielte also gar nicht die Rolle, die ihr zugedacht ist. Sie ist nicht das einzige Motiv für Mesalliancen. Diese können auch durch andere, nahe liegende Gründe verschiedener Art hervorgerufen werden. Ist das aber der Fall, dann können umgekehrt, vorkommende Mesalliancen in einer Familie nicht als Beweis dafür dienen, dass dieselbe das Ebenbürtigkeitsprinzip durchzuführen wirtschaftlich nicht in der Lage war. Umsoweniger wenn sie nur einen kleinen Bruchteil der in einem Hause abgeschlossenen Ehen bilden.

3. So finden wir denn solche Mesalliancen auch in solchen Häusern, in denen auch nach Rehm zweifelsohne das Ebenburtsrecht vorauszusetzen ist, d. h. in solchen, die es hausgesetzlich aufgestellt haben und weiter im allgemeinen bei allen altfürstlichen Familien, die ja nach seiner Theorie dieses Recht durchzuführen wohl in der Lage waren und auch die Ab-

sicht hatten, es aufzustellen, da er diese ja bei allen Reichsständen als selbstverständlich voraussetzt.

Es ist einer der vielen Widersprüche in REHMs Theorie, dass er einmal — freilich übereinstimmend mit allen anderen Rechtslehrern — das hausgesetzlich aufgestellte Ebenburtsrecht als zu Recht bestehend annimmt, zu gleicher Zeit aber ganz allgemein behauptet, neufürstliche und altgräfliche Familien hätten es nicht durchführen können. Es würde demnach, wo solche Familien es hausgesetzlich aufgestellt haben, von ihnen etwas Unmögliches rechtsverbindlich gefordert. Was hiervon zu halten ist, weiss jeder Jurist. Aber ein Blick auf die Praxis zeigt, dass das angeblich Unmögliche doch von ihnen geleistet wurde, — die Unmöglichkeit, die eine Hauptstütze seiner Theorie ist, ist demnach in Wirklichkeit nicht vorhanden.

Hausgesetzlich bestimmte die Ottonische Linie des Hauses Nassau[20], welche erst 1654 eine Virilstimme erhielt, schon im Jahre 1597, also zu einer Zeit, als sie noch reichsgräflich war, dass keines ihrer Mitglieder sich „mit einer, so zum wenigsten dem Stand und Herkommen nicht ebenbürtig, verheirate“[21]. Und wie bis dahin im Hause nur ebenbürtige Ehen geschlossen worden waren, nicht nur im Mittelalter, sondern auch während der angeblich so kritischen Zeit von 1450—1550, so war es dem Geschlechte auch nach 1550 wirtschaftlich möglich, trotzdem es nicht zu den altfürstlichen gehörte, seine Mitglieder ebenbürtig zu vermählen. Allerdings finden sich unter den 36 Ehen, die sie zwischen 1550 und 1806 schlossen, auch 2 unebenbürtige: die dritte Ehe Johann Franz Desiders († 1699), der nach zwei ebenbürtigen Ehen eine dritte morganatische mit Isabella de Montant schloss,

[20] Die beiden Linien des Hauses Nassau teilten sich schon um 1250; so kann man sie als zwei selbständige Häuser betrachten, vor allem für die Theorie REHMS, der das Ebenburtsrecht erst seit 1550 sich bilden lässt.

[21] KOHLER, Deutsches Privatfürstenrecht, Sulzbach 1832 S. 148.

und die Emanuels, der sich 1712 mit Charlotte de Nesle, Marquise de Mailly verehelichte. Sie konnten natürlich das hausgesetzlich fixierte Prinzip nicht zu Fall bringen, sondern zeigen nur, dass auch in Häusern, in denen das Ebenburtsrecht unzweifelhaft gilt, Mesalliancen vorkommen.

Hausgesetzlich setzte auch das neufürstliche Haus Hohenzollern 1695 das Ebenburtsrecht für sich fest, und zwar nicht als etwas neues, um den Glanz der Familie dadurch zu erhöhen, sondern seiner altfreien Herkunft entsprechend als althergebrachte Sitte. Das ganze Mittelalter zeigt auch bei ihm nur ebenbürtige Ehen. Wir finden auch nicht, dass man in ihm von 1450—1550 „in römisch-rechtlichen Anschauungen lebte“ [22], sondern mit einer einzigen Ausnahme wurden auch in dieser Epoche nur Ehen mit ebenbürtigen Damen geschlossen, was denn auch, wiederum mit einer Ausnahme, bis zur hausgesetzlichen Fixierung seines Ebenburtsrechtes im Jahre 1695 der Fall war. So konnte es mit Recht damals von dem Ebenbürtigkeitsprinzip als einer bei ihm „bisher löblich beobachteten Observanz“ [23] sprechen. Es war für das Geschlecht kein neu eingeführtes, sondern es war sein altes Recht; es wurde damals bei ihm nur als Gesetzesrecht festgelegt, was bis dahin von jeher Gewohnheitsrecht gewesen war. Und wenn man behauptet, dass „im 16. Jahrhundert auch für die höchsten Reichsstände römisches Recht, d. h. der Satz galt, dass selbst Ehen mit Personen des Bürger- und Bauernstandes standesgemäss seien“ [24], dann wird man nicht den Beweis dafür erbringen können, dass dieser von den Juristen theoretisch aufgestellte Satz in der Praxis je allgemeine Bedeutung gehabt hat.

Aber seltsam. Sowie das Ebenburtsrecht bei den Hohenzollern hausgesetzlich festgelegt war, fangen die Zuwiderhand-

[22] Rehm, S. 156.
[23] Pütter, Missheiraten deutscher Fürsten S. 214.
[24] Rehm, S. 164.

lungen an. Schon gleich Friedrich Wilhelm († 1735), der das Hausgesetz mit gegeben hatte, vermählte sich zweimal unebenbürtig, zuerst mit einer Gräfin Sinzendorf, dann mit Antonie v. Lützau, die alsbald zur Gräfin erhoben wurde. Sein Neffe Joseph Wilhelm heiratete ebenfalls unebenbürtig Prinzessin Therese Folch v. Cordona und Sylva; dessen Bruder Franz Xaver ebenfalls unebenbürtig Philippine Gräfin Hoensbroich; dessen Sohn schliesst wiederum zwei unebenbürtige Ehen, zuerst mit Luise Gräfin Merode, dann eine zweite mit Maximiliane Prinzessin v. Gavre; erst seine dritte Ehe war ebenbürtig — ein Beweis dafür, dass er doch wirtschaftlich in der Lage war, ebenbürtig heiraten zu können. Ebenso finden wir in der Linie Sigmaringen des Hauses Hohenzollern zwei unebenbürtige Ehen (1635 und 1747), so dass unter den 20 Ehen, die zwischen 1695 und 1806 fallen, selbst wenn wir die beiden mit hochtitulierten Ausländerinnen (Folch v. Cordona und Gavre) abziehen, 6, also fast ein Drittel, unebenbürtig sind [25]. Dabei besteht im Hause vollauf das Ebenbürtigkeitsprinzip zu Recht. Wir finden also auch hier wieder den Satz bestätigt, dass Mesalliancen kein Beweis für die Nichtexistenz des Ebenburtsrechts in einem Hause sind.

Die nämliche Erscheinung finden wir in altfürstlichen Häusern. Das Haus Anhalt, welches schon früh die sächsische Herzogswürde erwarb, zeigt im Mittelalter und in der kritischen Zeit von 1450—1550 nur ebenbürtige Ehen. Dagegen finden wir seit dem Ende des 17. und im 18. Jahrhundert, in dessen Mitte nach Rehm das Ebenburtsrecht „jedenfalls vollkommen in Geltung gelangt ist“ [26], bis 1806 nicht weniger als 13 unebenbürtige Ehen.

[25] Nebenbei bemerkt finden wir nach 1806, als das Haus sogar souverän geworden, trotzdem wieder 4 unebenbürtige Ehen darin.

[26] S. 155.

Aehnlich liegt die Sache in dem altfürstlichen Hause Braunschweig, welches auch schon von Alters her die Herzogswürde besass. Das Mittelalter zeigt hier nur ebenbürtige Ehen, die Zeit zwischen 1450 und 1550 unter zwanzig Ehen zwei Mesalliancen, die folgende Zeit bis 1806 6 weitere Missheiraten.

Altfürstlich ist weiter das Haus Baden. Das Mittelalter zeigt auch hier wieder nur ebenbürtige Ehen; die Zeit von 1450 bis 1550, in der das Ebenbürtigkeitsprinzip untergegangen sein soll, lässt davon nichts merken; die in ihr abgeschlossenen Ehen sind ebenfalls ausschliesslich ebenbürtig. Dagegen finden wir in der folgenden Periode, die die Blütezeit des neuen Ebenburtsrechtes sein soll, unter 39 Ehen 7 Mesalliancen.

Vergleichen wir hiermit die neufürstlichen und altgräflichen Reichsstände, so finden wir ein ganz analoges Verhalten. Das Haus Waldeck, welches zu den neufürstlichen gehört, da es erst 1674 in das Reichsfürstenkollegium eingeführt worden und damit eine Virilstimme erhalten hatte, war nicht erst seit dieser Zeit in der wirtschaftlichen Lage, das Ebenbürtigkeitsprinzip aufstellen, resp. durchführen zu können, sondern hatte sich schon im Mittelalter darin befunden. Auch das römische Recht vermochte darin keine Aenderung zu bringen — es schloss nach wie vor nur ebenbürtige Ehen ab. Unebenbürtige Ehen finden wir erst in der Neuzeit und zwar bis 1806 unter 26 Ehen 3 Missheiraten, ein Prozentsatz, der dem der vorher genannten altfürstlichen Familien ganz entspricht.

Recht spät, nämlich erst 1754, erlangte das heute souveräne Haus Schwarzburg Virilstimme und Sitz im Reichsfürstenkollegium. Trotzdem hatte es, wie die anderen altfreien Geschlechter, schon im Mittelalter und auch in der Zeit, als das römische Recht das Ebenburtsrecht vernichtet haben sollte, dieses ohne Ausnahme stets bei sich durchgeführt. Dagegen finden wir

auch hier in der Neuzeit Mesalliancen, allerdings auch nicht viele — unter 29 Ehen 4.

Mit diesen Zahlen stehen diese Häuser immer noch viel besser, als Hohenzollern, welches doch hausgesetzlich das Ebenburtsrecht hatte, aber trotzdem auf 20 Ehen 6 Missheiraten zählte, und gar wie Anhalt mit 13 oder wie Braunschweig und Baden mit 6 resp. 7. Besteht bei diesen aber trotzdem das Ebenbürtigkeitsprinzip zu Recht, dann müssen wir es bei Schwarzburg und Waldeck auch anerkennen. Jedenfalls waren sie ebensogut in der wirtschaftlichen Lage, es durchzuführen, als jene.

4. Vielleicht wird aber Rehm das der Virilstimme zuschreiben, trotzdem er ihr für die neufürstlichen Häuser ihre Kraft abgesprochen hat. Man könnte darauf erwidern, dass diese Häuser, die seit dem Mittelalter her gleichmässig alle die Jahrhunderte hindurch das Ebenburtsrecht durchgeführt haben, den Einfluss dieser Virilstimme, die Hohenzollern erst 1653, Nassau 1654, Waldeck 1674 und Schwarzburg gar erst 1754 erhalten haben, doch etwas merkwürdig weit antizipiert haben müssten. So hoch Rehm den Einfluss der Virilstimme auch einschätzen möchte, — dass sie eine solche rückwirkende Kraft habe, wird er wohl nicht annehmen. Aber es ist unnötig, darüber zu streiten — wir sind in der Lage, Familien angeben zu können, die auch ohne Virilstimme eine ganz entsprechende Haltung einzunehmen durchaus im Stande waren.

Die walramsche Linie des Hauses Nassau ist bis zur Auflösung des Reichs auf der wetterauischen Grafenbank geblieben. Trotzdem hat sie das Ebenburtsprinzip durchführen können. Und zwar nicht erst seit 1550, sondern seit den ältesten Zeiten her. Denn es waren sowohl die 16 Ehen, die seit des deutschen Königs Adolf v. Nassau († 1298) Zeiten her bis zum Jahre 1450 in ihr abgeschlossen wurden, alle ebenbürtig, als auch das allmächtige römische Recht sie nicht dazu bringen konnte, Ehen mit dem niedern Adel oder gar mit Bürgern und

Bauern zu schliessen, denn die 17 nassauischen Grafen, die zwischen 1450 und 1550 heirateten, führten alle ebenbürtige Gemahlinnen heim. So hatte das Haus nicht nötig, um den splendor familiae zu erhöhen, die Absperrung gegen den niedern Adel um 1550 erst einzuführen. Was das Ebenburtsrecht an Glanz verleihen konnte, das ruhte schon längst und von jeher auf ihm. Und so behielt es sein altes Eherecht auch in der Folge bei, wobei der Mangel einer Virilstimme ihm weiter keine Beschwerden verursachte. War es bis dahin in der Lage gewesen, ohne Virilstimme das Ebenburtsrecht aufrechtzuhalten, dann konnte es es wenig genieren, dass andere nunmehr eine solche hatten. Allerdings machen wir auch hier die nämliche Beobachtung, die wir bei den anderen Familien gemacht haben, dass nämlich die Neuzeit, trotzdem sie das neue Ebenburtsrecht bringen sollte, Missheiraten erscheinen liess. Von den 36 Ehen, die zwischen 1550 und 1806 geschlossen wurden, waren 4 unebenbürtig. Also auch in dieser Beziehung das nämliche Verhalten, wie bei den Familien, bei denen das Ebenburtsrecht ohne Zweifel zu Recht bestand.

Bei der altgräflichen Familie Erbach finden wir im Mittelalter eine unebenbürtige Ehe, die Konrads VI. († 1426) mit Marg. Landschad v. Steinach. In der Zeit zwischen 1450 und 1550 finden wir unter 8 Ehen eine unebenbürtige; die Neuzeit bringt unter 25 Ehen 3, von denen 2 aber von solchen Mitgliedern des Hauses geschlossen sind, die in zweiter Ehe eine ebenbürtige Ehe eingingen, also jedenfalls nicht durch wirtschaftlichen Zwang hiezu gebracht waren. Also auch hier eine Ehepraxis, die im Widerspruch mit der Theorie Rehms der der altfürstlichen Häuser gleichförmig ist.

Ein altes Grafengeschlecht sind auch die Castell. Auch bei ihnen sehen wir im Mittelalter nur ebenbürtige Ehen. Die Zeit zwischen 1450 und 1550 bringt 2 Missheiraten, die neue Zeit unter 26 Ehen auch 2 — die eine, die des letzten Mannes

der Linie Castell-Rüdenhausen mit einer v. Vass (er war aber auch in erster Ehe ebenbürtig verheiratet gewesen), die andere, die des Grafen Friedrich Magnus († 1717) mit Augusta Fatima, einer getauften Türkin. Jedenfalls zeigt die Ehepraxis des Hauses nichts, was von der derjenigen Häuser abweicht, in denen das Ebenburtsrecht besteht.

Im altgräflichen Hause Oettingen finden wir im Mittelalter und zwischen 1450 und 1550 nur ebenbürtige Ehen; in den späteren Zeiten bis 1806 finden wir unter 22 Ehen zwei unebenbürtige: die des Grafen Friedrich mit Ursula Heilbronner — die Descendenz wurde nicht anerkannt — und die Karl Alberts mit einer Freiin v. Schwendi.

5. Ein ähnliches Bild finden wir, wenn wir die übrigen Reichsstände von altfreier Herkunft untersuchen. Ganz anders wird es, wenn wir den Blick auf die aus dem niederen Adel in den Hochadel aufsteigenden Geschlechter richten. Bei ihnen allen sind natürlich im Mittelalter und in der Zeit von 1450—1550 nur Ehen mit dem niedern Adel abgeschlossen worden, da sie in dieser Zeit ja selbst zum niedern Adel gehörten. Erst als sie im 17. und im 18. Jahrhundert durch Erwerb einer Reichsstandschaft in den Hochadel eintraten, hätte bei ihnen die Frage entstehen können. resp. es konnte, da es sich um ein Gewohnheitsrecht in den meisten Fällen handelte, das Gefühl zu entstehen anfangen, dass sie eigentlich nur ihresgleichen heiraten dürften. Gegen die Entstehung dieser Rechtsüberzeugung sprach bei ihnen lange Zeit das Bewusstsein, dass sie ja selber dem niedern Adel vor nicht zu langer Zeit angehört hatten, dass sie ihre Frauen da aus dem niedern Adel genommen hatten, dass das also in ihrer Familie doch nicht etwas Verbotenes sein könne, umso weniger, da oft nichtreichsständische Linien ihrer Familien neben ihnen standen, die nach wie vor ihre Frauen aus ihren Kreisen nahmen. Ehe das Ebenburtsrecht als Rechtsüberzeugung bei ihnen sich hätte

entwickeln können, hätte es langer Zeit bedurft, um alle diese entgegenstehenden Anschauungen zu überwinden. Dazu blieb den meisten dieser Familien gar keine Zeit. Gar bald kam das Jahr 1806 und mit ihrer Reichsstandschaft war es aus. So finden wir, dass bei den aus dem niedern Adel aufsteigenden hochadligen Familien das Ebenburtsrecht sich gar nicht entwickelt hat, dass sie nach ihrer Rechtsüberzeugung berechtigt sind, ihre Frauen nach wie vor aus dem niederen Adel zu nehmen, und das drückt sich auch in ihrer Ehepraxis aus, da wir bei ihnen regelmässig auch eine grosse Anzahl Ehen mit Damen aus dem niederen Adel finden.

So bei den Trautmannsdorf, die im Jahre 1631 in das schwäbische Reichsgrafenkollegium kamen. Sie schlossen bis zum Jahre 1806 35 Ehen. Nur 12 davon waren ebenbürtig; der grössere Teil, nämlich 23, war mit Damen aus dem niedern Adel. Wie man sieht, ist hier ein ganz anderes Verhältnis, als wie wir es vorhin bei den altfreien Geschlechtern kennen gelernt haben.

Das Haus Auersperg kam schon 1654 in den Reichsfürstenrat und erlangte sogar eine Virilstimme. Es schloss bis zum Jahre 1806 18 Ehen; von diesen sind nur 5 ebenbürtig; die grosse Mehrzahl, nämlich 13, sind unebenbürtig. Die Virilstimme hat hier jedenfalls vollständig versagt.

Eine Virilstimme führten auch die neufürstlichen Dietrichstein, die 1654, und zwar vor Nassau, auch früher als Waldeck und viel früher als Schwarzburg in den Reichsfürstenrat eintraten. Während die letztgenannten drei Häuser, die allerdings von altfreier Herkunft waren, das Ebenburtsrecht, das sie schon seit dem Mittelalter gehabt hatten, weiter durchführten, finden wir, dass bei den Dietrichstein von den 17 Ehen, die sie seit 1654 bis 1806 abschlossen, nur 5 ebenbürtig waren. Auch hier war die

grosse Mehrzahl, nämlich 12 Ehen, mit Damen des niederen Adels eingegangen — allerdings nicht deshalb, weil sie wirtschaftlich dazu gezwungen gewesen wären. Die Dietrichstein waren dagegen, wie auch die Auersperg, aus dem niederen Adel hervorgegangen. Auch bei ihnen zeigt sich wieder die vollständige Bedeutungslosigkeit der Virilstimme für das Ebenbürtigkeitsprinzip.

Das erkennt man auch, wenn man mit ihrer Praxis die derjenigen Reichsgrafen vergleicht, die aus dem niedern Adel stammten. Obschon ihnen die Virilstimme fehlte, ist sie der der Reichsfürsten ganz gleich. Bei den Wurmbrand ist der Prozentsatz sogar besser. Von den 7 Ehen, die sie seit 1726, wo sie ins fränkische Grafenkollegium aufgenommen wurden, bis 1806 abschlossen, ist sogar die grössere Hälfte, nämlich 4, ebenbürtig. Sie übertreffen in dieser Beziehung die Dietrichstein sowohl als die Auersperg, die es nicht einmal auf ein Drittel brachten, obschon sie über die angeblich hierfür sehr wichtige Virilstimme verfügten.

Die Orsini v. Rosenberg wurden 1683 in das fränkische Grafenkollegium aufgenommen. Seitdem bis 1806 wurden in dem Hause 11 Ehen eingegangen; nur 3 davon sind ebenbürtig, 8 unebenbürtig.

Die Windischgrätz erlangten 1658 einen Sitz in dem wetterauischen, 1684 noch einen weiteren in dem fränkischen Grafenkollegium. Seitdem schlossen sie 12 Ehen ab; ebenbürtig waren von diesen nur 3, unebenbürtig 9.

6. Diese Beispiele, die sich leicht vermehren lassen, ergeben wieder einmal, dass die Virilstimme ganz bedeutungslos ist für das Ebenburtsrecht. Dagegen fanden wir, dass die Eheschliessungspraxis sehr verschiedenartig ist nach der Herkunft der hochadligen Familien. Die von altfreier Herkunft, seien sie nun reichsgräflich, neufürstlich oder altfürstlich, schliessen durchweg ebenbürtige Ehen. Die Mes-

alliancen erscheinen bei ihnen als Ausnahmen. Sie werden zudem, was im einzelnen nachzuweisen hier nicht am Platze ist, als rechtswidrig dadurch gekennzeichnet, dass man sie als morganatische abschliesst, oder durch kaiserliche Erhebung der betreffenden Dame in den Reichsgrafenstand, oder durch den Konsens der Agnaten zu heilen trachtet. Bei den aus dem niederen Adel stammenden Familien fällt das alles fort. Sie schliessen anstandslos Ehen mit Damen aus dem niedern Adel — es ist das eben bei ihnen nicht verboten. Innerhalb beider Gruppen erscheint dann kein weiterer bemerkenswerter Unterschied, je nachdem die einzelnen Geschlechter alt- oder neufürstlich oder reichsgräflich sind, oder gar infolge einer Virilstimme. Die Hypothesen, die Rehm in Bezug hierauf aufgebaut hat, erscheinen beim Vergleich mit der Praxis in jeder Richtung verfehlt. Vielleicht hat sich die Erkenntnis hiervon ihm selbst seitdem schon aufgedrängt, da er in Bezug auf sein „Modernes Fürstenrecht“ neulich schrieb: „Gewiss ist auch mein Buch nicht fehlerfrei. Gar manches würde ich heute anders formulieren“ [27]. Seine Lehre vom Ebenburtsrecht scheint uns dieser „anderen Formulierung“ allerdings sehr zu bedürfen.

[27] Deutscher Herold 1905 S. 133.

Literatur.

A. Pfleghart, Rechtsanwalt in Zürich, Die Rechtsverhältnisse der elektrischen Unternehmungen. Im Auftrag der Direktion der öffentlichen Bauten des Kantons Zürich vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus erörtert. Zürich IV. Buchdruckerei Siegfried & Co 1905, aufgeklebt: Selbstverlag der Direktion der öffentlichen Bauten Zürich I. VII, 148 S.

Diese Schrift ist ein Gutachten, mit dessen Ausarbeitung der Verfasser ausgangs 1904 beauftragt wurde. Das Thema, dessen Wortlaut aus der Einleitung ersichtlich ist, war ursprünglich enger begrenzt und auf lokale Verhältnisse zugeschnitten. Da seine Ausarbeitung aber weit über diesen Rahmen hinauswuchs, so erteilte die Auftraggeberin die Erlaubnis, den Inhalt des Gutachtens weiteren Kreisen zugänglich zu machen. Hierfür verdient sie den warmen Dank aller derer, welche sich infolge ihrer praktischen oder theoretischen Beschäftigung mit den vielen durch die Elektrizität gezeitigten subtilen Fragen zu befassen haben; zu bedauern bleibt nur, dass man die Schrift im Selbstverlage hat erscheinen lassen. Dadurch wird sie der Gefahr ausgesetzt, nicht die Beachtung und Verbreitung zu finden, welche sie in Rücksicht auf die allgemeinere Bedeutung ihres Inhalts durchaus verdient. Ist doch ihr Verfasser ganz besonders zur Behandlung dieser Fragen legitimiert durch seine eingehenden, wertvollen Studien über die Elektrizität als Rechtsobjekt, welche vom Unterzeichneten in Bd. XVII und XVIII dieses Archivs gewürdigt sind. Seine neueste Arbeit muss man gerade jetzt, wo man in massgebenden Kreisen zur Erkenntnis gelangt, dass die Vereinheitlichung der Ausbeutung von Wasserkräften Bedingung für die gedeihliche Entwicklung der elektrischen Kräfte ist, als eine wichtige Vorstudie willkommen heissen.

Pfleghart geht in der vorliegenden Schrift von dem Nachweise aus, dass die Billigkeit der durch Elektrizität erzeugten Betriebskraft mehr und mehr zu gesetzlichen Massnahmen drängt, ganz besonders in Landstrichen, wo Wasserkräfte zur Verfügung stehen und ihre Bewirtschaftungspolitik zugleich auch rechtliche Gestaltung der Einrichtungen verlangt. Er erörtert

dabei vornehmlich die Frage, ob sich nach geltendem schweizerischen Recht ein staatliches Elektrizitätsmonopol rechtfertigen und durchführen lasse; dabei kommt er zu der Anschauung, dass eine derartige Ordnung der Verhältnisse keine Aussicht auf Erfolg habe, sich aber auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkte durchaus nicht empfehle. Nach seiner Ueberzeugung ist das Gemeindemonopol in juristischer wie ökonomischer Beziehung die richtige Form des Betriebes elektrischer Anlagen; das muss der Ausgangspunkt für alle Massnahmen, insbesondere für die Durchführung einer genauen staatlichen Beaufsichtigung elektrischer Unternehmungen bilden, welche sich vornehmlich auf die Durchführung eines gut geordneten Konzessionierungsrechts zu richten hat. Dabei sind die staatlichen und kommunalen Gebiete streng von einander zu scheiden. Besonderer Wert wird auf die Festlegung des Kontrahierungszwangs der Unternehmungen gelegt, auch werden Bestimmungen über gleichmässige Behandlung aller Teilnehmer, Ordnung der Tarife u. s. w. eingehend geprüft und ihre zweckmässigste Fassung erörtert.

Der letzte Abschnitt ist Fragen nach staatlicher und kommunaler Besteuerung elektrischer Anlagen gewidmet und bewegt sich damit vornehmlich auf schweizerischem Rechtsboden; seine Erörterungen über das Steuerobjekt beim Elektrizitätsbetriebe sind aber auch bei uns zu beachten, wo mehrere Gemeinden oder gar Staaten von den gleichen Anlagen berührt werden.

Maas.

Dr. Gustav Seidler, ord. Prof. an der Wiener Universität. Das juristische Kriterium des Staates. Tübingen, Mohr 1905. VII und 103 S. Mk. 2.—.

Eine allgemeine Charakteristik der SEIDLERschen Schrift ist nicht schwer. In klarer und gefälliger Darstellung reiht der Verfasser eine Fülle geistreicher und vielfach treffender Bemerkungen an einander, die zu weiterem Nachdenken anregen. Mit rühmenswerter Energie hält er der Versuchung, sich in Detailforschungen zu verlieren, Stand und führt so auf geradem Wege in kürzester Zeit seine Untersuchung zu Ende. Die Schwierigkeit der Beurteilung beginnt erst, wenn es gilt, zu den Ergebnissen des Buches Stellung zu nehmen. Das ist mit einigen knappen Worten allerdings nicht möglich. Wenigstens dann nicht, wenn man das Problem nicht in die Beantwortung der vom Autor aufgeworfenen Frage verlegt, sondern schon in der Fragestellung selbst erblickt. Der Verfasser hält offenbar die Berechtigung der Frage nach dem juristischen Kriterium des Staates für ein Axiom. Ist er doch, nach dem Vorworte zu schliessen, bereit, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz zu leugnen, wenn diese auf die Frage nach dem juri-

stischen Kriterium des Staates keine apodiktische, allgemeingültige Antwort zu geben vermag. Ich muss aber gestehen, dass mir die Staatsdefinition, zu der SEIDLER (S. 75) gelangt („Der Staat ist ein mit Personal-, Gebiets- und Organhoheit ausgestattetes Hoheitssubjekt"), bei weitem klarer und verständlicher erscheint, als der Titel des Buches. Was ist ein „juristisches Kriterium"? Ist es ein für die Rechtswissenschaft bedeutsames Kriterium? Dann ist das Epitheton „juristisch" überflüssig. Denn jedes Kriterium des Staates ist für die Rechtswissenschaft bedeutsam. Die Rechtswissenschaft muss doch mit dem Staate rechnen, und, wie der Staat beschaffen, woran er zu erkennen ist, ist für sie selbstverständlich wichtig. Oder ist ein „juristisches" Staatskriterium jenes, welches mit den Mitteln, mittelst der Methoden der Rechtswissenschaft aufzufinden ist? Das ist wohl kaum anzunehmen. Denn SEIDLERS Ausführungen sind nicht rechtsdogmatischer oder rechtshistorischer, sondern, wenn man sie überhaupt charakterisieren soll, allgemein philosophischer Natur. Es sind empirische Untersuchungen, die sich mit Recht von jeder apriorischen Beeinflussung durch Lehrsätze der Rechtswissenschaft oder durch positive Gesetze fernhalten. Eben darum ist aber das „juristische Kriterium" auch nicht ein aus dem Rechte zu erschliessendes, in irgend einem positiven Rechte verborgenes Kriterium. Ich kann mir das „juristische Kriterium" eines Menschen denken, wenn etwa eine Gesetzgebung den Menschen erst als vorhanden ansieht, sobald er die Wände beschrien hat. Dann gibt es vielleicht Menschen im Sinne der Naturwissenschaft, die es noch nicht im Rechtssinne sind. Und ich kann mir in gleicher Weise ein „juristisches Kriterium" des Staates denken, wenn ich das Völkerrecht in Betracht ziehe, das mit Staaten operiert und sich daher darüber klar werden muss, welche Gemeinwesen es als Staaten ansehen will. Es kann dabei auf die Aufstellung besonderer juristischer Kriterien verzichten. Es kann aber auch die Anerkennung eines Gemeinwesens als Staat von gewissen formalen Momenten abhängig machen, die dann eben juristische Kriterien des Staates sind. Der Verfasser lehnt jedoch (S. 11) die Ansicht REHMS (mit Recht) ab, dass die völkerrechtliche Anerkennung eines Gemeinwesens ein Merkmal des Staatsbegriffes ist. Damit gibt er aber das „juristische Kriterium" des Staates preis. Vom Völkerrecht abgesehen kann das positive Recht den Staatsbegriff nicht entwickeln. Es muss ihn von der Staatswissenschaft übernehmen. Es ist noch nicht so lange her, seit man die Rechtswissenschaft und insbesondere die Staatsrechtswissenschaft auf eigene Füsse zu stellen und von der Vermengung mit dem Naturrechte zu befreien unternommen hat. Das ist aber nur halbe Arbeit. Die Rechtswissenschaft darf nicht selbst wiederum aus ihrem Gebiete heraustreten und in die Staatswissenschaft eindringen wollen. Der Uebergang vom „allgemeinen Staatsrecht" zur „allgemeinen Staatslehre", den die Theorie vorgenommen hat, bedeutet in dieser Hinsicht einen grossen Fortschritt. Auch SEIDLER macht sich diesen Fortschritt zunutze, indem er (gleich JELLINEK)

den Staat als soziale Erscheinung auffasst. Wenn er dann auch (wiederum wie JELLINEK) in einer besonderen Abteilung den Staat als Rechtsbegriff behandelt, so ist doch dieser Staat identisch mit jenem, der eine soziale Erscheinung ist. Es gibt nicht zwei von einander verschiedene Arten von Staaten, soziale und juristische Staaten, sondern einen Staat, der allerdings auch eine Beziehung zum Rechte hat. „Der Staat als Rechtsbegriff" ist nichts anderes, als der in seinem Verhältnisse zum Rechte erfasste, nach seiner Stellung im Rechte beurteilte Staat. Besonders deutlich kommt dies in den beiden Staatsbegriffen zum Ausdruck, die JELLINEK seiner Staatslehre zu Grunde legt. Die Definition des sozialen Staatsbegriffes (Allgemeine Staatslehre 2. Aufl. S. 173) lautet: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen", die des juristischen (S. 176): „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines sesshaften Volkes." Die diesen beiden Begriffen gemeinsamen Merkmale sind natürlich nicht juristischer Natur. Folglich liegt in der Aufstellung des juristischen Staatsbegriffes (von der Variation: Menschen — Volk abgesehen) nichts anderes, als das Urteil: Der (als soziale Erscheinung definierte) Staat ist eine Körperschaft. Darauf läuft denn auch die SEIDLERsche Untersuchung hinaus[1]. Der Verfasser bezeichnet den Staat als Rechtssubjekt, genauer als Rechtssubjekt sui generis, das ist als Hoheitssubjekt (S. 58). Dagegen ist nicht das Mindeste einzuwenden. Nur ist damit ein juristisches Kriterium des Staates nicht gewonnen.

Sehen wir aber von der vermeintlich juristischen Natur des Kriteriums ab! Wie verhält es sich mit dem Kriterium überhaupt? „Sobald wir finden, dass die Verfassung eines Gemeinwesens Personal-, Gebiets- und Organhoheit ihres Subjekts aufweist, ist mit unbezweifelbarer Sicherheit festgestellt, dass das Gemeinwesen Staat ist" (S. 74). Die unbezweifelbare Sicherheit für die Schlussfolgerung aus der Prämisse kann unbedenklich zugegeben werden. Wer sagt uns aber „mit unbezweifelbarer Sicherheit", ob die Machtbefugnisse eines Gemeinwesens hoheitliche Befugnisse im Sinne des Verfassers sind? Mit der SEIDLERschen Definition kann man beweisen, dass das Deutsche Reich ein Staat, und dass es kein Staat[2] ist, und man kann damit das böhmische Staatsrecht stützen und auch widerlegen. Ja der Verfasser erhöht noch die Verwertungsmöglichkeit seiner Theorie dadurch, dass er eine Gebietskörperschaft als nicht souveränen Staat bezeichnet, wenn ihre Verfassung

[1] Dies erkennt der Verf. wohl selbst an, wenn er (S. 17) bemerkt, dass das juristische Kriterium des Staates im Grunde nichts anderes bedeute, als die juristische Formulierung der Erkenntnis von der realen Natur des Staates.

[2] SEIDLER selbst beweist die Staatsnatur des Reiches unter Zuhilfenahme des Satzes, dass die staatlich-konstitutiven Hoheitsrechte unübertragbar sind (vgl. S. 92 N. 1).

hält. So interessant es wäre, gerade an diesen Beispielen den Wert des Seidlerschen Kriteriums kritisch zu erproben, so muss doch angesichts der gebieterischen Einsprache der Redaktion wegen Raummangels davon abgestanden werden. Bezüglich der österreichischen Kronländer erlaubt sich Referent auf seinen Artikel: „Landesordnungen“ zu verweisen, der demnächst in der zweiten Auflage des Oesterreichischen Staatswörterbuches von Mischler und Ulbrich erscheinen soll.

Prag, Juni 1906. Dr. Ludwig Spiegel.

Aufsätze.

Rückforderung von Versicherungsbeiträgen.

Von

Stadtrat H. v. FRANKENBERG in Braunschweig.

Mit dem wachsenden Umfange der deutschen Arbeiterversicherung, auf deren Gebiet die nachfolgende Untersuchung sich beschränken will, nehmen naturgemäss die Fälle zu, in welchen unter irrtümlichen Voraussetzungen die Beteiligung an einer Versicherungseinrichtung stattgefunden hat, sodass nachträglich die Versicherung als nicht zu Recht bestehend bezeichnet werden muss. Mag die Ungültigkeit des Versicherungsverhältnisses von der einen oder von der anderen Seite, vom Versicherten, vom Arbeitgeber oder vom Träger der Fürsorge geltend gemacht werden, regelmässig wird sie eine Begleiterscheinung im Gefolge haben, die sich aus der Eigenart der rechtlichen Beziehungen der Beteiligten ergibt: die Rückzahlung der geleisteten Beiträge. Obgleich die öffentlich-rechtliche Natur der Kassenzugehörigkeit es mit sich bringt, dass in der Mehrzahl der Fälle die Mitgliedschaft, das Versichertsein nicht von der Beitragsleistung abhängt, so beherrschen doch im allgemeinen dieselben Rechtsgrundsätze den Rückforderungsanspruch derjenigen, die sich für Pflichtmitglieder hielten oder gehalten wurden, und der freiwillig durch Beiträge in Beziehung zu der Versicherungseinrich-

tung getretenen Personen, und bei diesen Rechtsgrundsätzen spielt das im Bürgerl. Gesetzbuch zum Ausdrucke gebrachte Privatrecht die entscheidende Rolle.

Wie bei jedem Versuch einer zusammenfassenden Darstellung aus dem Bereiche der Arbeiterversicherung kommt es darauf an, bei der Kranken-, der Unfall- und der Invalidenversicherung gewisse gemeinsame Gesichtspunkte herauszufinden, von denen aus die Betrachtung möglich ist. Dabei wird es sich empfehlen, nach einander die Voraussetzungen, den Inhalt und die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs zu erörtern.

In der ersten Zeit des Inkrafttretens unserer verschiedenen Arbeiterversicherungsgesetze hatte man keine besondere Richtschnur zur Verfügung, die einen Anhalt für derartige Fälle gab, und man war deshalb ausschliesslich auf das allgemeine Recht und auf gewisse aus der Natur der Sache abgeleitete Grundsätze angewiesen. Es mag sein, dass diese Lücke durch die unrichtige Annahme Erklärung findet, es werde die Frage der Versicherungspflicht oder -berechtigung verhältnismässig selten zu Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten Anlass geben — eine Annahme, die bekanntlich vor Erlass des ursprünglichen Invaliditäts- und Alters - Versicherungsgesetzes regierungsseitig ausdrücklich ausgesprochen ist [1], die aber inzwischen längst durch die Fülle der Entscheidungen des Reichsversicherungsamts und der Landesbehörden über das Bestehen oder Nichtbestehen der Versicherungspflicht ihre Widerlegung gefunden hat, ebenso wie im Kranken- und Unfallversicherungsrecht an zweifelhaften Tatbeständen, die der entscheidenden Stelle die Entschliessung schwer machen, bis auf den heutigen Tag kein Mangel gewesen ist.

Die ersten Jahre der reichsgesetzlichen Arbeiterversicherung brachten eine Reihe von scharfsinnig begründeten, aber allein auf dem formaljuristischen Standpunkte der damaligen Zeit beruhen-

[1] Begründung S. 96; Kommissionsbericht S. 979; Gebhard und Düttmann, I.V.G. 2. Aufl. S. 670 Anm. 1 zu § 155.

den Aeusserungen, die sich gegenüber dem Anspruche auf Zurückzahlung der irrtümlich geleisteten Versicherungsbeiträge ablehnend verhielten, weil sie davon ausgingen, dass dabei in der Regel ein Rechtsirrtum über die Versicherungspflicht oder über die Statthaftigkeit der freiwilligen Versicherung im Spiele gewesen, und weil nach dem gemeinen Rechte ebenso wie nach den in zahlreichen Bundesstaaten geltenden gesetzlichen Vorschriften die Entschuldbarkeit des Irrtums ausschlaggebend sei; da nun der Irrtum über die Rechtsgrundsätze der Arbeiterversicherung als unentschuldbar betrachtet werden müsse, so könne folgerichtig von einer Rückforderung der irrig geleisteten Beiträge nicht die Rede sein. — Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Beweisführung nach der vor 1900 geltenden Rechtslage zutreffend war, und ob nicht die vielgestaltige, zu den mannigfachsten Zweifeln und Unklarheiten Anlass gebende Entwicklung unserer Fürsorgegesetze, die selbst dem erfahrenen Richter, Rechtslehrer und Verwaltungsbeamten häufig Bedenken und Meinungsschwankungen verursacht, eine Unsicherheit, ein Fehlgreifen häufig entschuldbar erscheinen lässt; nicht selten lag sogar bei derartigen Beitragszahlungen an die unrechte Stelle ein behördlicher Rat oder selbst eine entsprechende Anweisung, Verfügung, Entscheidung u. s. w. zugrunde. Das alles braucht heute nicht mehr geprüft zu werden, weil nach §§ 119, 812 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Rückforderungsanspruch eine einwandfreie, gesicherte Unterlage erhalten hat. Wer sich bei der Abgabe der Willenserklärung, aus freien Stücken einer Versicherungseinrichtung beizutreten, in dem Irrtume befand, seine Beteiligung dabei sei möglich, der kann selbstverständlich diese Erklärung anfechten, weil anzunehmen ist, dass er sie „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“. Dasselbe gilt auch dann, wenn die in der Zahlung liegende Willenserklärung erfolgte, weil fälschlich geglaubt wurde, es bestehe eine Verpflichtung der Zugehörigkeit zu der betreffenden Ver-

sicherungsstelle mit der Folge der Beitragspflicht [2]. Die Kasse oder Anstalt, welche durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten (z. B. durch Vermittelung des Arbeitgebers) etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet, und zwar sowohl dann, wenn von vornherein die Unzulässigkeit der Versicherung bestand, als auch in denjenigen Fällen, in welchen die Zulässigkeit später wegfällt.

Ist es schon an sich erfreulich dass die wohlwollende, der Rechtsunkenntnis entgegenkommende Auffassung durch die neue Reichsgesetzgebung jetzt allgemein und einheitlich anerkannt ist, so muss diese Massregel mit um so mehr Genugtuung begrüsst werden, wenn es sich wie hier um ein Gebiet des öffentlichen Rechts handelt, das nach seiner Eigenart dem Schutze der wirtschaftlich Schwachen, der Förderung des sozialen Friedens gewidmet ist, und das eine strenge, rücksichtslose Handhabung zu Ungunsten der Nächstbeteiligten schlechterdings nicht verträgt. Es wäre zu wünschen, dass die Zweifel, die früher betreffs der Begründung des Erstattungsanspruchs bestanden [3] und durch die Sätze des B.G.B. glücklich gehoben sind, auch in Bezug auf die Geltendmachung der Forderung beseitigt würden: wir werden sehen, dass darüber noch mancher Streit in der Rechtsprechung und Fachwissenschaft herrscht.

Bevor hierauf näher eingegangen wird, mag zunächst die Rechtslage in den einzelnen Sondergebieten der Arbeiterversicherung berührt werden, auf die später wiederholt zurückzugreifen ist.

Im Krankenversicherungsrecht ist die Rück-

[2] Vgl. unten S. 190.

[3] Vgl. z. B. die in der „Arbeiterversorgung“ von 1901 S. 345 abgedruckte Entscheidung des Kammergerichts vom 26. Februar 1901, die unter Bezugnahme auf die Rechtssätze des Preussischen Landrechts den Anspruch auf Rückzahlung von Krankenversicherungsbeiträgen unter Hinweis darauf für unzulässig erklärt, dass die Kasse in der Zeit der — irrtümlich erfolgten — Beitragsleistung das Risiko getragen habe. Aehnlich ist auch in gemeinrechtlichen Gebieten früher oft entschieden.

zahlungsfrage am dürftigsten behandelt. § 52 Absatz 1 am Ende hat einen ganz besonderen Fall vor Augen, der den Irrtum nicht zur regelmässigen Voraussetzung der Erstattung erhebt, sondern allgemein die Zurückzahlung überhobener Beiträge anordnet:

„Die Beiträge sind so lange fortzuzahlen, bis die vorschriftsmässige Abmeldung (§ 49) erfolgt ist, und für den betreffenden Zeitteil zurückzuerstatten, wenn die rechtzeitig abgemeldete Person innerhalb der Zahlungsperiode aus der bisherigen Beschäftigung ausscheidet."

Hier ist offenbar damit gerechnet, dass zur Sicherheit viele Kassenverwaltungen die Voraus-Zahlung der Beiträge eingeführt haben — ein Verfahren, das ausserdem der Kasse einen Betriebsfonds gewährt und vor Ausfällen einigermassen schützt. Wo die Einziehung der Invalidenversicherungsbeiträge nach §§ 148 ff. I.V.G. den Krankenkassen übertragen ist, da wird nicht selten auch die Zahlung für die zu verwendenden Beitragsmarken im voraus mit erhoben, weil dies sehr zweckmässig ist: erfolgt die Anforderung der regelmässig auf der Kassenstelle hinterlegten Quittungskarte wegen Auflösung des Dienstverhältnisses oder aus anderen Gründen durch den Versicherten, so kann die Markenverwendung, ohne dass es weiterer Verhandlungen mit dem Dienstherrn bedarf, sofort bis zu dem betreffenden Tage vorgenommen werden. Wenn nun aber bei wöchentlicher, monatlicher, vierteljährlicher Vorauszahlung[4] der Kassenbeiträge ein Versicherter das Beschäftigungsverhältnis aufgibt[5], so fällt damit die Voraus-

[4] Bei den meisten Kassen bildet die monatliche Zahlung der Beiträge die Regel; einige haben, wohl im Hinblick auf die Wochenberechnung der Invaliden-Beiträge, vierwöchentliche Zahlungszeiten eingeführt.

[5] Gleichartig zu behandeln ist der Fall, in welchem die Beschäftigung zwar fortgesetzt wird, aber versicherungspflichtig zu sein aufhört, z. B. weil ein Betriebsbeamter die Versicherungsgrenze von 2000 Mk. Jahresverdienst überschreitet, oder weil ein Haussohn nicht mehr „auf Grund eines Arbeitsvertrages" (§ 2 Nr. 3 Kr.V.G.), sondern in familienmässig üblicher Weise tätig ist; in beiden Fällen kann man von Ausscheiden aus der „bisherigen" Beschäftigung reden.

setzung fort, unter der die Kasse zur Erhebung der vollen Beiträge berechtigt war, und das Gesetz schreibt mit Recht die Erstattung für den betreffenden Zeitabschnitt vor. Dabei darf man nicht unbeachtet lassen, dass nach § 52 Abs. 3 Kr.V.G. durch Gemeindebeschluss mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde (für die Gemeindekrankenversicherung), sowie durch Kassenstatut (für die Orts-, Betriebs-, Fabrik-, Bau- und Innungskrankenkassen) bestimmt werden kann, es seien die Beiträge stets für volle Wochen zu erheben und zurückzuzahlen. Der Rückforderungsanspruch hängt in seiner Höhe davon ab, inwieweit eine solche Vorschrift besteht. Ausserdem ergibt die oben angeführte Fassung des § 52 Abs. 1, dass diejenigen Arbeitgeber, welche die Abmeldung des Arbeiters beim Ausscheiden unterlassen, einen Rückforderungsanspruch nicht haben, weil für sie wie eine Art von Nebenstrafe oder Busse die Weiterhaftung für die Beiträge bis zur vorschriftsmässigen Abmeldung vom Gesetzgeber bestimmt ist [6]. Auf demselben Standpunkte steht die Schriftleitung der „Arbeiterversorgung“ in der Briefkasten-Antwort Nr. 1 S. 286 des 14. Bandes (1897).

Für das Verständnis des § 52 sind noch heute die Ausführungen bemerkenswert, die sich in der Begründung zu der Krankenvers.-Novelle von 1892 finden (Reichstagsdrucksachen, 8. Legislaturperiode, 1. Session 1890, Nr. 151 S. 62). Es heisst dort, die Rückzahlung beziehe sich nicht auf das Eintrittsgeld. Sei es gezahlt, so könne von Rückzahlung nicht die Rede sein, weil das Eintrittsgeld nicht, wie Kassenbeiträge, für

[6] Es ist bekanntlich sehr bestritten, ob die Beitragshaftung (und damit der uns interessierende Ausschluss des Rückforderungsrechtes) bei unterlassener Abmeldung dann fortfällt, wenn auch die An-Meldung versäumt war. Ich vermag der herrschenden Ansicht, welche in letzterem Falle die Haftung verneint („Arbeiterversorgung“ 1893 S. 605; 1894 S. 278; 1895 S. 51, 645; 1896 S. 108; 1898 S. 333 u. a. m.) nicht beizupflichten, weil das Gesetz keine Ausnahme macht, und weil besondere Rücksicht auf die Anmelde-Säumigen nicht geboten ist.

bestimmte Zeiträume, sondern ein für allemal für die ganze Dauer der Zugehörigkeit zur Krankenkasse geleistet werde, ohne Rücksicht darauf, wie lange diese Dauer währt. Selbstverständliche Voraussetzung für den Ausschluss des Rückforderungsrechtes ist jedoch, dass das Eintrittsgeld überhaupt geschuldet wurde, dass also die Pflichtversicherung an sich geboten, dass die beabsichtigte freiwillige Versicherung zulässig, und dass nicht die Erhebung des Eintrittsgeldes um deswillen unstatthaft war, weil das betreffende Mitglied innerhalb der letzten 13 Wochen vor dem Beitritt einer anderen Krankenkasse angehört oder Beiträge zu einer Gemeindekrankenversicherung geleistet hatte. Neben dieser auch von Petersen (bei § 52 Kr.V.G.) erwähnten Bemerkung enthalten die Motive noch eine wichtige Erläuterung des Begriffs des „Ausscheidens aus der bisherigen Beschäftigung" (vgl. dazu oben S. 178 Anm. 5). Sie heben hervor, dass die Erstattung auch dann erfolgen soll, wenn die abgemeldete Person zu einer anderen Beschäftigung übergegangen sei, ohne aus der bisherigen Versicherung (d. h. Zugehörigkeit zu einer Versicherungseinrichtung) auszuscheiden, was bei der Gemeindekrankenversicherung und den Ortskrankenkassen (aber auch, wie hier hinzugefügt werden mag, bei den Innungskrankenkassen) durch den Uebergang zur Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber möglich sei. Mit „Beschäftigung" ist also nicht, wie der Sprachgebrauch es oft auffasst, die allgemeine Tätigkeit in diesem oder jenem Berufe (als Metallarbeiter, als Bäcker, als Kellner u. s. w.), sondern die bestimmte Beziehung zu einem einzelnen Arbeitgeber gemeint.

Die Vorauszahlung der Beiträge, die in derartigen Fällen durch das nachträgliche Ausscheiden von Arbeitern die Rückerstattung im Gefolge hat, spielt im Gebiete der Unfall- und der Invalidenversicherung nur eine nebensächliche Rolle. Nach § 31 Absatz 2 Gew.Unf.Vers.Ges. können die Berufsgenossenschaften von den Mitgliedern für das erste Jahr einen Beitrag im voraus erheben; soweit das Genossenschaftsstatut keine andere Regelung

vorschreibt, erfolgt die Aufbringung solcher Mittel nach der Zahl der von den Mitgliedern in ihren Betrieben beschäftigten versicherungspflichtigen Personen. Diese Lastenverteilung kennzeichnet sich als eine vorläufige Massregel; die endgültige Feststellung der Umlage erfolgt nach Ablauf des ersten und jedes folgenden Jahres. Soweit also durch Aufgabe des Betriebes innerhalb eines Rechnungsjahres, für das im Wege der Vorschussleistung schon eine Zahlung erfolgt war, die Beitragspflicht wegfällt, muss die Berufsgenossenschaft das zuviel Gezahlte demnächst zurückgewähren [7]. Die Unfallnovelle von 1900 hat, einem Wunsche zahlreicher Berufsgenossenschaften entsprechend, in § 32 G.U.V.G. die fernere Einrichtung getroffen, dass nach dem früher nur bei den baugewerblichen und Tiefbau-Betrieben massgebenden Vorbilde viertel- und halbjährliche Vorschüsse von den Mitgliedern nach Bestimmung des Statuts erhoben werden können, die nach der Höhe der für das letztvergangene Rechnungsjahr umgelegten Beiträge zu bemessen sind; bei neuen Mitgliedern entscheidet eine Schätzung nach dem Umfange ihres Betriebes unter der Annahme, dass bereits im Vorjahre die Ausschreibung erfolgen müsste. Auch diese Regelung hat die Wirkung, dass häufig später eine Rückzahlung geschieht, und zwar nicht nur bei vollständiger Einstellung des Betriebes, sondern auch bei einer Einschränkung, die in der Höhe der gezahlten Löhne und damit in der Herabsetzung der endgültig zu berechnenden Umlage ihren Ausdruck findet. Im übrigen wird die Beziehung zwischen den beitragspflichtigen Unternehmern und der Berufsgenossenschaft wesentlich dadurch vereinfacht, dass die Beiträge niemals für einen bestimmten Arbeiter, sondern immer nur für den oder die Beschäftigten im allgemeinen geleistet werden, so dass von einem Wechsel in der Person des Betreffenden das Beitragsverhältnis überhaupt nicht berührt wird.

---

[7] Vgl. hierzu v. Woedtke-Caspar G.U.V.G. 5. Auflage Anm. 4 zu § 31; Amtl. Nachrichten des R.Vers.Amts 1887 S. 214.

Bei der Invalidenversicherung kommt die Vorauszahlung von Beiträgen wenig in Betracht. Die Markenverwendung hat bei der Lohnzahlung zu erfolgen, geschieht also regelmässig für zurückliegende Zeiten, da die Vorauszahlung des Lohnes zu den Seltenheiten gehört. Bei der Abrechnung zwischen den einzugsberechtigten Krankenkassen und den Arbeitgebern mag allerdings aus Zweckmässigkeitsgründen hier und da wohl im voraus die Leistung von Zahlungen eine Rolle spielen; es handelt sich dabei aber um Vorschüsse, deren endgültige Verrechnung je nach der Zahl der wirklichen Beitragswochen und nach der Höhe der massgebenden Lohnklasse an der Hand der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen keine nennenswerten Schwierigkeiten bieten wird (vgl. aber S. 178).

Damit sind die Hauptfälle derjenigen Beitragsrückzahlung besprochen [8], die sich nicht auf einen Irrtum der Beteiligten stützt. Nicht minder häufig führt nun aber die Unkenntnis oder die missverständliche Auslegung der Gesetzesvorschriften dazu, dass an eine Versicherungs-Einrichtung Beiträge geleistet werden, die überhaupt nicht, oder die nicht in dieser Höhe, bezw. nicht an diese Stelle zu zahlen waren. Alle drei Versicherungsgebiete, vor allen Dingen die Kranken- und die Invalidenversicherung geben zu derartigen Irrtümern Anlass. Nur kurz möge eine Reihe von Beispielen angeführt werden, wie sie die tägliche Beobachtung mit sich bringt.

Es ist ausserordentlich schwer, für manche Berufszweige die zuständige Zwangs-Krankenkasse zu bestimmen, zumal wenn eine grössere Anzahl von Ortskrankenkassen neben einander besteht, von denen selbstverständlich für den einzelnen Betrieb nur eine einzige in Frage kommen kann. Das ist ja einer der Haupt-

[8] Ausserhalb des Bereichs der Erörterung sind absichtlich diejenigen Fälle der Erstattung der halben Invalidenversicherungsbeiträge (an Witwen, Kinder, an heiratende weibliche Versicherte, an Unfallverletzte u. s. w.) gelassen, welche in §§ 42—44 Inv.V.G. besonders geregelt sind.

gründe, aus welchen die Zentralisierung der Ortskrankenkassen so lebhaft befürwortet wird, obwohl bei der gegenwärtigen Rechtslage die Uebermacht des Stimmenverhältnisses der Versicherten gegenüber den Arbeitgebern manche Bedenken gegen die Schaffung derartiger Riesenkassen hervorruft. Die Abgrenzung zwischen Fabrik und Handwerk, zwischen Handels- und sonstigem Gewerbe, sowie zwischen einem bestimmten Berufszweig und einem durch Uebergangs- und Hilfsgewerbe der mannigfachsten Art damit zusammenhängenden Nachbargebiete ist in der Tat nicht einfach. Dass der Gesetzgeber selbst mit der Möglichkeit solcher Schwierigkeiten gerechnet hat, beweist die Vorschrift in § 19 Abs. 4 Kr.V.G.:

> „Sind mehrere Gewerbszweige oder Betriebsarten zu einem Betriebe vereinigt, so gehören die in diesem beschäftigten versicherungspflichtigen Personen derjenigen Ortskrankenkasse an, welche für den Gewerbszweig oder die Betriebsart errichtet ist, in denen die Mehrzahl dieser Personen beschäftigt ist. Im Zweifel entscheidet, nach Anhörung des Betriebsunternehmers, der Vorstände der beteiligten Kassen und der Aufsichtsbehörde, die höhere Verwaltungsbehörde endgültig."

Auch diese Bestimmung schützt nicht vollkommen vor Fehlern und Missgriffen, und die Folge der letzteren sind dann häufig Rückforderungsansprüche, sobald eine andere Krankenkasse endgültig als zuständig bezeichnet wird. Andere Streitigkeiten entstehen dadurch, dass jemand Krankenversicherungspflicht annahm, während sie tatsächlich nicht bestand: so bei der Anmeldung von Haushaltungsdienstboten [9], von Familienangehörigen, von Hausgewerbetreibenden, von Schreibern einer Behörde zur Krankenkasse, ferner bei der rechtsunwirksamen Versicherung solcher Personen, die von vornherein erwerbsunfähig waren, oder die

---

[9] Vorausgesetzt wird bei diesen Fällen, dass nicht durch Landesgesetz oder durch Statut (soweit dies zulässig ist) die Krankenversicherungspflicht auf das Gesinde oder auf eine der übrigen im vorstehenden erwähnten Gruppen ausgedehnt wurde.

wegen der Mitgliedschaft in einer bevorrechtigten Hilfskasse das Recht besitzen, auf Befreiung von der Zugehörigkeit zu der Zwangskasse Anspruch zu machen. Die Sache liegt bei diesen Hilfskassen, wie die Entstehungsgeschichte des § 75 Kr.V.G. und vor allen Dingen die Einsicht in die Reichstagsverhandlungen über die Novelle von 1892 unzweifelhaft ergibt [10], nicht etwa so, dass die betreffenden Personen als Zwangskassenmitglieder gelten, sofern sie nicht rechtzeitig sich auf ihr Befreiungsvorrecht als Hilfskassenmitglieder berufen, sondern die Befreiung tritt ähnlich, wie sonst die Zwangsversicherung, ganz von selbst ein, vorbehaltlich des Rechts des Mitglieds, sogleich oder später sich des Befreiungsanspruchs zu begeben und der Zwangsversicherung freien Lauf zu lassen. Wenn also ein Arbeitgeber alsbald nach Eintritt eines Arbeiters in die Beschäftigung diesen bei der Zwangskasse angemeldet hat, ohne ihn darüber zu befragen, ob er Mitglied einer bevorrechtigten Hilfskasse sei und sich dieses Vorrechts bedienen wolle, so wird die Beitragszahlung durch die Erklärung des Arbeiters, er wünsche es bei der Zugehörigkeit zur Hilfskasse ohne die Doppelversicherung (in der Zwangskasse) bewenden zu lassen, nachträglich gegenstandslos. Es versteht sich von selbst, dass der Arbeiter diesen seinen Willen bei der nächsten Gelegenheit, wo er ihn zu äussern Veranlassung hatte, kundtun muss: es würde gegen Treu und Glauben verstossen und zugleich höchst unzweckmässig sein, wenn man ihm beliebig gestattete, mit seiner Meinung erst später hervorzutreten. Antwortet er auf die Frage,

[10] Vgl. die von der gegenteiligen Auffassung ausgehende Begründung der Regierungsvorlage, S. 30 der Reichstagsdrucksachen von 1890. Der Reichstag trug bekanntlich, wie die noch heute Gesetz gebliebene Fassung des § 75 Kr.V.G erkennen lässt, grundsätzlich Bedenken, der von der Regierung empfohlenen Regelung zuzustimmen, wonach die Ausschliessung der Mitglieder freier Hilfskassen von der ihrer Beschäftigung entsprechenden Zugehörigkeit zu einer Zwangskasse von der Stellung ihres bezüglichen Antrages abhängen sollte, während an der Möglichkeit, dass sie berechtigt sind, auf die Befreiung zu verzichten, von keiner Seite etwas geändert worden ist.

ob er Hilfskassenmitglied sei und an Befreiung von der Zwangskasse festhalte, dem Arbeitgeber, seinem Vertreter oder der Kasse gegenüber ablehnend, so kann er nicht willkürlich diese Stellungnahme widerrufen, sondern es ist ihm nur die Möglichkeit gegeben, zum Jahresschluss nach vierteljährlicher Kündigung aus der Zwangskasse wieder auszuscheiden. Das Gleiche gilt, wenn er sich den Abzug der Zwangskassen-Beiträge einspruchslos gefallen liess, sofern er wusste, um welche Kasse es sich dabei handle: der viel angefochtene alte Satz: „qui tacet, ubi loqui potuit et debuit, consentire videtur“ ist durch die Rechtsprechung der deutschen Gewerbegerichte in manchem ähnlichen Falle zur Anerkennung gebracht, da es die grössten Unzuträglichkeiten im Gefolge haben würde, das Stillschweigen des Arbeiters bei einseitigen Willenserklärungen des Arbeitgebers unterschiedslos als gleichgültig zu betrachten. Es folgt hieraus, dass bei derartigen Beitragsrückforderungen immer nur kurze Zeiträume (etwa bis zur ersten Lohnzahlung nach Beginn des Beschäftigungsverhältnisses) in Betracht kommen werden.

Nicht nur die Zwangsversicherung [11], sondern auch die freiwillige Zugehörigkeit zu einer Krankenkasse kann sich nachträglich als unstatthaft und ungültig herausstellen, mit der Wirkung, dass die eingezahlten Beiträge zurückzuerstatten sind. Es kommen hierfür alle diejenigen Fälle in Betracht, in welchen das Gesetz oder das Kassenstatut den Erwerb der Mitgliedschaft nicht zuliess, in denen aber gleichwohl (durch ein Versehen der Kassenverwaltung, durch unrichtige Auslegung der bestehenden Vorschriften u. dgl.) die Mitgliedschaft zunächst anerkannt wurde, bis schliesslich von irgend einer Seite — auch durch Eingriff der Behörde — die Kassenzugehörigkeit mit Er-

[11] Als Zwangs-, nicht als freiwillige Mitglieder gelten im Sinne obiger Ausführungen die schon erwähnten, auf ihr Befreiungsrecht verzichtenden Mitglieder bevorrechtigter Hilfskassen. Es folgt dies schon daraus, dass der Arbeitgeber für sie den Drittel-Anteil an den Beiträgen selbst aufzubringen hat.

folg beanstandet wird. Als Beispiele mögen hier genannt werden: die Aufnahme von Dienstboten in eine Ortskrankenkasse, wenn deren Statut nicht vorsieht, dass diese und andere sonst nach § 4 Kr.V.G. freiwillig in der Gemeindekrankenversicherung zu versichernde Personen der Ortskrankenkasse beitreten können; die Mitgliedschaft eines über 50 Jahre alten selbständigen Gewerbetreibenden, der die im Kassenstatut enthaltene Altersgrenze beim Eintritt schon überschritten hatte („jus publicum privatorum pactis commutari nequit"), die Fortführung eines Selbstzahlers in der Mitgliedliste, nachdem er längst zu einer Beschäftigung übergegangen, durch die er Zwangsmitglied einer anderen Orts-, Betriebs-, Innungskrankenkasse u. s. w. wurde, oder nachdem er aufgehört hatte, sich innerhalb des Deutschen Reiches aufzuhalten (§ 27 Kr.V.Ges.). Auch bei den Hilfskassen kommen derartige Fälle vor, und man hat keinen Anlass, das Hilfskassengesetz als privatrechtliche Norm anzusehen, von der beliebig durch Einverständnis der Parteien abgewichen werden dürfe. Neben den Fällen, in denen die Mitgliedschaft selbst sich mit rückwirkender Kraft als hinfällig erweist und die Erstattung der geleisteten Beiträge mit sich bringt, sind sowohl bei der Pflicht-, als bei der freiwilligen Versicherug diejenigen Tatbestände zu berücksichtigen, in denen eine unstatthafte Ueberversicherung, also die Leistung von Beiträgen in einer Höhe stattfand, die nach dem Gesetz oder Statut nicht statthaft war. Manche Kassenverwaltungen glauben im Entgegenkommen soweit gehen zu dürfen, dass sie Arbeitern, deren Verdienst sinkt, die Weiterversicherung in der höheren Lohnklasse des früheren durchschnittlichen Arbeitseinkommens gestatten, wobei der Mehrbetrag der Kassenbeiträge dann von den Versicherten allein, also ohne Belastung des Arbeitgebers mit einem Drittel, aufgebracht zu werden pflegt. Diese Anschauung ist indes irrig[12]: jedes Kassenmitglied gehört der-

[12] Vgl. „Volkstümliche Zeitschrift für Arbeiterversicherung" Bd. 11 Nr. 7 Sp. 121 ff.

jenigen Lohnklasse an, der es durch die gegenwärtige Höhe seines Verdienstes zugewiesen wird, oder in der es (bei dem Fehlen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung) zuletzt infolge der Tätigkeit geführt wurde (§ 27 Kr.V.G.). Daraus ergibt sich bei Klarstellung dieser Rechtslage die Notwendigkeit, die irrtümlich zu viel eingezahlte Differenz zurückzuerstatten. Aehnlich ist zu verfahren, wenn durch irgend ein Versehen angenommen wurde, das Mitglied beziehe einen höheren Lohn oder es gehöre aus sonstigen Gründen einer höheren Beitragsklasse an, als tatsächlich der Fall war, z. B. weil der Arbeitgeber die Meldung des Sinkens des Verdienstes versäumte, weil der Arbeiter einer falschen Berufsgruppe (Werkmeister, gelernte Arbeiter u. dgl.) zugezählt wurde, oder weil man ihn für erwachsen hielt u. s. w.

Bei der Invaliden-Versicherung hat das Rückforderungsrecht eine viel eingehendere Regelung erfahren. Schon in dem ursprünglichen Inv.- u. Alters-Vers.Gesetz vom 22. Juni 1889 (§ 125) befand sich eine mit dem jetzigen § 158 des Inv.Vers.-Gesetzes im wesentlichen gleichlautende Vorschrift. Bei der Vorbereitung der Novelle neigte man im Reichsamte des Innern, wie der Entwurf von 1895 [13] erkennen liess, zeitweilig der Ansicht zu, dass der Rückzahlungsanspruch besonderer Sicherstellung bedürfe. Es wurde deshalb im Anschluss an die Erstattungsvorschriften der §§ 30, 31 (weibliche heiratende Versicherte, Witwen u. s. w.) eine Zusatzbestimmung empfohlen (§ 31 a):

„Solchen Personen, deren Versicherungspflicht oder deren Recht zur Selbstversicherung endgültig verneint worden ist (§§ 75 ff., § 122), steht der Anspruch auf Erstattung des Werts der für sie entrichteten Beiträge zu, soweit dieselben nicht lediglich zur freiwilligen Fortsetzung oder Erneuerung des Versicherungsverhältnisses geleistet worden sind."

Die Begründung (S. 45) bemerkte dazu, es sei unbillig,

[13] Der Entwurf ist der Anfang November 1895 im Reichsamte des Innern zusammengetretenen Konferenz von Sachverständigen vorgelegt und von ihr

denjenigen Personen, für welche wegen irrtümlicher Annahme einer Versicherungspflicht Beiträge entrichtet worden seien, die Erstattung des Werts der Beiträge zu versagen, sobald die Unrichtigkeit der Annahme einer Verpflichtung während der Dauer der Versicherung oder im Rentenfeststellungsverfahren endgültig festgestellt worden sei. Da einzelne Versicherungsanstalten in solchen Fällen die Beitragserstattung mit der Begründung abgelehnt hätten, dass das Gesetz eine entsprechende Bestimmung nicht enthalte, so empfehle es sich, den Anspruch auf Beitragserstattung ausdrücklich anzuerkennen. Auf freiwillig entrichtete Beiträge sei dieser Anspruch nicht zu erstrecken[14]. Das Streben, dem Erstattungsanspruche einen festeren Rückhalt zu geben, ging sogar so weit, dass man in § 95 jenes Entwurfs dieselben Rechtsmittel wie bei anderen Beitragserstattungen (an Ehefrauen, Witwen u. s. w.) einräumen wollte. Später hat sich indes die Reichsregierung davon überzeugt, dass die damals geplante Regelung entbehrlich sei. Es ist selbstverständlich und bedarf nicht der ausdrücklichen gesetzgeberischen Anerkennung, dass der Wert der irrtümlich verwendeten Beitragsmarken zurückzuzahlen ist. Allerdings beschränkt sich § 158 (früher § 125) I.V.G. auf die Erwähnung derjenigen Fälle, in welchen eine Streitigkeit der in §§ 155—157 bezeichneten Art (zwischen den Organen der Versicherungsanstalten einerseits und Arbeitgebern oder Arbeitnehmern oder den zur freiwilligen Versicherung berechtigten Personen andererseits, oder zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über die Frage, ob oder zu welcher Versicherungsanstalt oder in welcher Lohnklasse Beiträge zu entrichten sind) vorgelegen hat. Dabei ist vorausgesetzt, dass diese Streitigkeiten nicht im Rentenfeststellungs-

---

durchberaten, aber erst nach gründlicher Umgestaltung vor den Reichstag gelangt und Gesetz geworden.

[14] Hierzu vgl. die nächste Seite.

verfahren hervortreten (§ 155), weil man in letzterem Falle den Renteninstanzen (Anstaltsvorstand, Schiedsgericht, Reichsversicherungsamt) freie Hand lassen wollte [15]. Treffen die genannten Voraussetzungen zu, dann ist der Erstattungsanspruch im Rahmen des § 158 gegeben. Soweit aber die Unzulässigkeit der Markenverwendung im Rentenfeststellungsverfahren anerkannt wird, oder soweit es sich nicht um eine Streitigkeit, sondern um eine von allen Teilen übereinstimmend angenommene Ungültigkeit der Beitragsleistung handelt, durfte man früher trotz des Schweigens des Gesetzes die Begründung der Rückzahlungsforderung aus allgemeinen Bestimmungen und aus der Natur der Sache ableiten [16]. Das galt insbesondere auch von denjenigen Erstattungsanträgen, die ein freiwillig Versicherter stellte, nachdem er erfahren hatte, dass die freiwillige Versicherung nicht möglich war (z. B. weil er nicht mehr als „erwerbsfähig“ im Sinne des I.V.G. galt u. dgl.). Es wäre eine unbegründete Härte gewesen, wenn man in solchen Fällen, wie es der Entwurf von 1895 beabsichtigte, die Rückzahlung ablehnen wollte. Nur dann könnte die Erstattung versagt bleiben, wenn bei der Zahlung der Beiträge arglistig gehandelt wurde (z. B. durch Vorspiegelung der falschen Tatsache, es werde Barlohn gezahlt, und es liege überhaupt ein Arbeitsverhältnis vor, während in Wirklichkeit nur Beschäftigung in Wahrung der Familienbeziehungen stattfand). Die neue Gesetzesfassung beseitigt nun aber die Zweifel betreffs der Erstattung der im Rentenfeststellungsverfahren oder anderweitig ausserhalb des Streitverfahrens der §§ 155 ff. für ungültig erklärten Marken. § 160 I.V.G. schreibt vor, dass auch ohne das Vorhandensein eines Streitfalls nach §§ 155, 156 den Beteiligten auf ihren Antrag die entrichteten Beiträge zurückzuzahlen sind, sofern die Versicherungspflicht oder das Recht zur freiwilligen Versicherung

---

[15] GEBHARD und DÜTTMANN, Anm. 8 zu § 155 I.V.G.

[16] FULD in der „Arb.Versorgung“ Bd. 10 S. 658; „Die Inv.- u. Alters-Vers. Bd. II S. 89.

(§ 14) für die betreffenden Beitragswochen endgültig verneint worden ist. Die Begründung sagt dazu[17] ungefähr dasselbe, was oben (S. 194—5) schon aus den Motiven von 1895 angeführt ist, jedoch mit dem durchaus zu billigenden, im Widerspruch zu der damaligen Auffassung stehenden Zusatze: „Für freiwillig entrichtete Beiträge muss dasselbe gelten, wenn deren Entrichtung in der irrtümlichen Annahme einer Berechtigung zur freiwilligen Versicherung erfolgt ist.“

Nicht unbestritten ist es, ob es zulässig erscheint, die in irriger Annahme der Versicherungspflicht verwendeten Beiträge als auf Grund freiwilliger Versicherung eingezahlt zu behandeln. Das Reichsversicherungsamt hat in der Beurteilung dieser Frage geschwankt: die Entscheidung Nr. 1073 (Amtl. Nachr. v. 1903) sprach sich für die Möglichkeit aus, die Marken nachträglich als freiwillig geklebt anzurechnen. Auch Rosin (Recht der Arb.Versicherung Bd. II S. 646 Anm. 18) vertritt diese wohlwollende Anschauung[18], der ich mich nicht anzuschliessen vermag, weil es willkürlich ist, bei jemandem einen Willen als vorhanden anzunehmen, den er tatsächlich nicht gehabt hat. Inzwischen hat denn auch das Reichsversicherungsamt, nachdem es noch in dem Urteil Nr. 1136 (Amtl. Nachr. 1904 S. 477) die Zulässigkeit der Umdeutung des Entrichtungswillens angenommen, seine Meinung geändert: die Revisionsentscheidung Nr. 1225 (Amtl. Nachrichten von 1905) stellt fest, dass Beiträge, die auf Grund irrtümlicher Annahme der Versicherungspflicht entrichtet sind, in der Regel nicht als auf Grund der Selbstversicherung entrichtet angesehen werden dürfen. Vor allen Dingen halte ich dies nach Eintritt des Versicherungsfalls für bedenklich, während vor diesem Zeitpunkt durch die Erklärung, die Beiträge als freiwillig geleistet gelten lassen zu wollen, eine Vereinfachung des Verfahrens (Vernichtung, Rückzahlung und

[17] Nr. 93 der Reichstagsdrucksachen von 1898/9 S. 345—6 bei § 125 b.
[18] Vgl. „Arbeiterversorgung“ Bd. 21 S. 163 ff.

Wiederverwendung neuer Marken) zugelassen werden mag, wenn noch kein Jahr seit der Zeit verstrichen ist, für welche der einzelne Beitrag gelten soll (§ 146 I.V.G.).

Häufig wird die Rückzahlung der Beiträge unter Berufung auf Billigkeitsgründe, aber ohne Rechtsgrund in einigen Fällen in Anspruch genommen, die von dem oben angeführten Tatbestande abweichen: wer rechtmässig Beiträge leistete, aber wegen Nichterfüllung der Wartezeit oder aus sonstigen Ursachen nicht in den Besitz der Invaliden- oder Altersrente gelangt, hat keinerlei Anrecht auf die Erstattung[19], es sei denn, dass der im I.V.G. § 43 aus besonderem Entgegenkommen gegen Unfallrentner eingeführte Erstattungsfall vorliegt. Auch derjenige, welcher ursprünglich versicherungspflichtig (oder -berechtigt) war und durch eine spätere Gesetzesänderung dieser Stellung enthoben wird, kann keine Erstattung fordern[20], ebenso wie eine tatsächliche Umgestaltung seiner Verhältnisse (Selbständigwerden, pensionsberechtigte Anstellung u. dgl. ihm nicht das Recht dazu gibt.

Am kürzesten spricht sich das Gewerbe-Unfall-Versicherungsgesetz über die Zurückzahlung von Beiträgen aus. Das U.V.Gesetz von 1884 hatte es überhaupt nicht für nötig gehalten, Bestimmungen darüber zu geben. Bei der Vorbereitung der Novelle drang indes die Ueberzeugung durch, dass es richtig sei, den inzwischen gesammelten Erfahrungen auch in dieser Beziehung Rechnung zu tragen. Die Begründung zu dem Entwurfe (Reichstagsdrucksachen von 1898/1900 Nr. 523, S. 106) erklärt es für nötig, in billiger Weise eine Zurückforderung von Beiträgen, die ganz oder teilweise ohne Widerspruch gezahlt seien, innerhalb einer angemessenen Frist (vgl. unten S. 204) zuzulassen. In § 102 Absatz 2 G.U.V.G. ist deshalb die Vorschrift enthalten:

---

[19] Rosin II S. 646 Anm. 18, S. 569 Anm. 41, 41 a; Weymann Anm. 3 zu § 46 I.V.G.

[20] So zutreffend Gebhard und Düttmann S. 687 bei Anm. 2 unter a und b.

„Ergibt sich nachträglich, dass ein ohne Widerspruch (Absatz 1) bezahlter Beitrag zu Unrecht oder in zu hohem Betrage erhoben worden ist, so kann die Rückerstattung auf dem im Absatz 1 bezeichneten Wege[21] verlangt werden . . .“

Damit sind hauptsächlich diejenigen Fälle getroffen, in denen nach dem Eintritt eines Betriebsunfalls die Gewährung einer Rente von der zuständigen Stelle (Genossenschaftsvorstand, Schiedsgericht für Arbeiterversicherung, Reichs- oder Landesversicherungsamt) endgültig abgelehnt wird, weil der Betrieb nicht zu den unfallversicherungspflichtigen Unternehmungen rechne oder nicht zu dieser, sondern zu einer anderen Berufsgenossenschaft gehöre. Es ist um so mehr gerechtfertigt, alsdann dem Unternehmer die geleisteten Beiträge zurückzuzahlen, als er nach den Grundsätzen der Haftpflicht für sehr viele Unfälle innerhalb seines Betriebes mit eigenen Mitteln aufzukommen hat, während bei dem Eingreifen der Unfallversicherung sein Risiko sehr wesentlich schwindet und sich nur auf die Fälle der §§ 135, 136 G.U.V.G. beschränkt. Nichts ist unbilliger, als wenn die Beiträge nutzlos verfallen würden: eine solche Doppelbelastung kann erbitternd wirken, und bei der Schwierigkeit, die Unfallversicherung mancher Betriebe einwandfrei festzustellen, hätte man getrost die auf S. 197 zu besprechende kurze Verjährungsfrist der Rückforderung fallen lassen sollen. Man denke beispielsweise nur an die ausserordentlich zweifelhafte Abgrenzung von Fabrik und Handwerk, an gewisse Hilfs- und Uebergangsbetriebe u. dgl. Will ein Unternehmer sicher gehen, so wird er, falls die Versicherungspflicht nur irgendwie fraglich erscheint, am besten tun, eine Entscheidung des Reichs- oder Landesversicherungsamts im Instanzenzuge herbeizuführen, um sich vor unnötigen Ausgaben zu schützen, die er nachher nicht voll erstattet bekommt.

Wenden wir uns jetzt dem Inhalt des Anspruchs auf Rück-

[21] Von der Geltendmachung des Anspruchs und seiner Verjährung wird unten bei S. 204 fg. die Rede sein.

zahlung der geleisteten Beiträge zu, so darf allgemein für das gesamte Gebiet der Arbeiterversicherung als Regel der Satz aufgestellt werden, dass der Einzahler die volle eingezahlte Summe von der empfangenden Hebestelle zurückfordern kann, während die Nebenforderung von Zinsen als ausgeschlossen zu betrachten ist [22]. Indes dieser natürliche Rechtssatz erleidet einige Einschränkungen und Ausnahmen. Zunächst ist zu prüfen, ob nicht neben dem Einzahler oder statt desselben auch derjenige ein Rückforderungsrecht hat, welcher seinerseits (als Versicherter) mittelbar zu der eingezahlten Summe mit beitrug. Im Unfallrecht scheidet diese Frage selbstverständlich aus, da eine Belastung der Arbeiter mit den Beiträgen unstatthaft ist (§ 141 G.U.V.G.) und tatsächlich wohl auch nicht vorkommt. Im Gebiete der Invaliden- und Krankenversicherung ist dagegen die Untersuchung darüber, von wem materiell betrachtet die Beiträge aufgebracht sind, von entscheidender Bedeutung. Manche Arbeitgeber tragen die ganzen Invaliden-Beiträge (z. B. bei Dienstboten, bei manchen behördlich beschäftigten Personen u. dgl.), und es liegt kein innerer Grund dafür vor, in den Ausnahmefällen der condictio indebiti es ebenso zu machen, wie bei der Beitragserstattung an heiratende weibliche Versicherte, an Witwen, elternlose Kinder u. dgl. Bei letzteren handelt es sich um eine Nebenleistung der Versicherung, um einen — allerdings untergeordneten — Fürsorgezweck [23], bei der Zurückforderung der irrtümlich geleisteten Beiträge aber um eine Unregelmässigkeit, die nach billigen Grundsätzen ausgeglichen werden soll. Während deshalb das heiratende Dienstmädchen die Hälfte der

[22] So mit überzeugender Begründung das R.Vers.Amt in den Amtl. Nachrichten 1894 S. 344 Nr. 1372; Rosin II S. 647.

[23] Es ergibt sich dies daraus, dass die Rechtsmittel im Gesetze besonders geordnet sind, dass die freiwillige Verwendung von Marken nach Eintritt des (Neben-)Versicherungsfalls (Heirat, Tod des Ernährers u. s. w.) nicht mehr statthaft ist, dass Krankheitszeiten auf die Wartezeit wie bei der Invaliden- und Altersrente angerechnet werden u. a. m.

Gesamtbeiträge, die sich in seinen Quittungskarten vorfinden, zurückbekommt, auch wenn es keinen Pfennig dazu beizusteuern brauchte, weil die Herrschaft die volle Summe selbst getragen hat, kann z. B. eine Krankenpflegerin vom roten Kreuz, die nachträglich für nicht versicherungspflichtig erklärt wird, für die aber die Krankenhausverwaltung allein die Beiträge aufbrachte, von dem zurückzuzahlenden Betrage nichts verlangen. Es geht dies deutlich aus der jetzigen Fassung des I.V.G. hervor (§ 158). Dort ist vorgeschrieben, dass die zuviel erhobenen Beiträge an diejenigen Arbeitgeber und Versicherten zurückzuzahlen sind, welche die Aufwendung für die Beitragsentrichtung gemacht haben. In dem alten I. u. A.V.Gesetze (§ 125) hatte gestanden: „an die beteiligten Arbeitgeber und Versicherten". In der Begründung der Novelle [24] wurde der obige Wortlaut mit dem Bemerken vorgeschlagen, es handle sich wesentlich nur um eine Fassungsänderung. Unter den „beteiligten" Arbeitgebern und Versicherten, an welche zu viel erhobene Beiträge zu erstatten seien, habe schon die bisherige Praxis nur diejenigen Arbeitgeber und Versicherten verstanden, aus deren Mitteln die überschüssigen Beiträge geleistet seien. Da übrigens bei Leistung überschüssiger Beiträge die Erstattung der zu viel erhobenen Beiträge und die Vernichtung der entsprechenden Marken nur auf Antrag eines bei der Sache Beteiligten [25] erfolge, so habe auch die Versicherungsanstalt nicht von Amts wegen zu ermitteln, welcher Arbeitgeber die Aufwendung für die Beitragsentrichtung gemacht, und ob sich auch der Versicherte an der Beitragsentrichtung tatsächlich beteiligt habe. — Dieser Auffassung stimmte der Reichstag unbedenklich zu. In der Tat ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, die Rückzahlung an diejenigen erfolgen zu lassen, welche

[24] Reichstagsdrucksachen 1898/9 Nr. 93 S. 344 zu § 125.
[25] Ueber die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs vgl. im übrigen unten S. 208.

unmittelbar oder mittelbar die Ausgabe gehabt haben[26]. Auch dann, wenn ein Arbeitgeber in Schenkungsabsicht oder in Erfüllung einer vertragsmässig übernommenen Verbindlichkeit die Invalidenbeiträge allein getragen hat, kann man nicht sagen, dass die Rückzahlung dem Arbeiter gebühre: das Hinausgehen über die gesetzliche Beteiligung an der Beitragsaufbringung, also über die Hälfte durch den Arbeitgeber geschah nicht schlechtweg, um den Arbeiter zu bereichern, sondern um ihm in der Voraussetzung, dass Versicherungspflicht bestehe, einen Vorteil zukommen zu lassen. Fällt diese Voraussetzung, so fällt zugleich der innere Grund für einen derartigen Vorteil: es ist nicht anzunehmen, dass der Arbeitgeber auf alle Fälle dem Arbeiter die betreffenden 7, 10, 12, 15 oder 18 Pfennige wöchentlich zuwenden wollte. Es entspricht auch durchaus dem Geiste des § 812 Abs. 1 B.G.B., dass die Versicherungsanstalt ihre grundlose Bereicherung demjenigen zurückgewährt, auf dessen Kosten letztere erfolgt ist (Rosin II S. 647).

Was die Leistung zu hoher Beiträge anlangt, so gilt für sie im allgemeinen dasselbe[27]. Es findet zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherten je nach ihrem wirklichen Anteil eine Auseinandersetzung statt. Nur darf nicht unbeachtet bleiben, dass der Anspruch auf Erstattung des Wertunterschiedes unbegründet ist, wenn der Arbeiter für sich allein oder im Einverständnis mit dem Arbeitgeber freiwillig eine Ueberversicherung bewirkte, um dadurch später in den Besitz einer höheren

---

[26] Dasselbe gilt auch bei Verwendung von Marken einer unzuständigen Anstalt, obwohl § 158 Abs. 2 nur von der „beteiligten“ spricht, vgl. Gebhard und Düttmann, Anm. 17 a. a. O.

[27] Gebhard und Düttmann (Anm. 7 zu § 158) wenden gegen den Ausdruck des Gesetzes (§ 158 Absatz 1 Satz 2): „zu viel erhobene Beträge“ mit Recht ein, dass man eigentlich nur beim Einziehungsverfahren von Erhebung der Beiträge sprechen könne. Es handelt sich um einen unglücklich gewählten Ausdruck; gemeint ist jede Art der Beitragsleistung, auch im Entrichtungsverfahren.

Rente zu gelangen („WICHMANNsche Klausel“ in § 34 Abs. 4 I.V.G.). Es würde zu weit führen, wenn man in denjenigen Fällen, in welchen nachträglich diese gültige Ueberversicherung aus irgend welchen Gründen (Mangel an Mitteln, Verlust der Aussicht auf Erlangung der Rente in Folge pensionsberechtigter Anstellung, Erlöschen der Anwartschaft u. dgl.) rückgängig gemacht werden soll, die Zurückzahlung des Mehrbetrags der Beiträge zugestehen wollte (unten S. 210).

Im Krankenversicherungsrecht fehlt es an ähnlich eingehenden Vorschriften über die Person des Rückforderungsberechtigten. Auch die oben schon (S. 185) erwähnte Bestimmung in § 52 Kr.V.G. spricht sich nicht deutlich darüber aus, ob nur der Arbeitgeber den Rückzahlungsanspruch hat, oder ob der Versicherte, soweit er zu zwei Dritteilen beisteuerte, seinen Anteil selbst verlangen kann. Für die Fälle der irrtümlichen Beitragsleistung lässt uns das Kr.V.G. insoweit völlig im Stich, es bleibt daher nichts übrig, als auf § 812 B.G.B. zurückzugreifen, und damit gelangt man zu derselben Lösung, die soeben für das Invalidenversicherungsrecht an der Hand des § 158 dargelegt ist: auf wessen Kosten die Zahlung geschah, der kann sie zurückverlangen. Schon früh, in dem 1893 erschienenen ersten Bande seines „Rechts der Arbeiterversicherung“ (S. 604 Anm. 17) hat ROSIN hierauf hingewiesen, während er im übrigen erklärt, die Entscheidung über die Person des Empfangsberechtigten sei nicht so sicher, um als einwandsfreie Ansicht hingestellt zu werden. Er bezeichnet es als höchst bedenklich, wenn manche die Arbeiter ohne weiteres für berechtigt halten, die auf sie entfallenden Zweidrittel-Beiträge von der Kasse zurückzufordern, auch wenn sie selbst an der Aufbringung derselben gar nicht beteiligt waren [28]. Man wird ihm hierin durchaus beipflichten müssen, wenn es auch ebenso unrichtig wäre, die Versicherten,

---

[28] Vgl. MUGDAN und FREUND, Entscheidungen Bd. I S. 5 Nr. 7.

denen von ihrem Arbeitgeber ihr Beitragsanteil abgezogen ist, mit ihrem Rückforderungsanspruch ausschliesslich an diesen Arbeitgeber, nicht auch daneben unmittelbar an die bereicherte Kasse zu verweisen [29].

Mehr oder weniger eng hängt mit diesen Fragen die Besprechung der Geltendmachung des Rückforderungsrechts zusammen, der wir uns schliesslich zuwenden.

Im Unfallrecht ist man hier in Bezug auf einen Punkt besonders streng gewesen, der sonst eine wohlwollendere, den aus Irrtum Zahlenden günstigere Auffassung vorgefunden hat: die Regelung der Verjährung. Der Regierungsentwurf zu der Unfallnovelle von 1900 war noch leidlich milde gewesen; er hatte für den Erstattungsanspruch eine zweijährige Verjährungsfrist als angemessen bezeichnet, gerechnet vom Tage der Zustellung des Auszugs aus der Heberolle an den betreffenden Unternehmer (Reichstagsdrucksachen von 1898/1900 Nr. 523 Anlage, S. 106). Die Reichstagskommission vertrat indes eine schärfere Ansicht. Ein in ihr gestellter Antrag, die Verjährungsfrist von zwei Jahren auf sechs Monate herabzusetzen, weil dies den Bedürfnissen genüge und im Interesse einer geordneten Verwaltung der Berufsgenossenschaften vorzuziehen sei [30], fand Annahme und gelangte in das Gesetz (§ 102 Absatz 5 G.U.V.G.). Man muss es bedauern, dass der Einführung dieser knappen Frist nicht mit Erfolg widersprochen ist. So bequem es für die Berufsgenossenschaften ist, wenn sie nach verhältnismässig kurzer Zeit jede Einwendung gegen die erhobenen Umlagen ablehnen und auf dem formellen, durch die Zufertigung des Heberollen-Auszuges begründeten Rechte bestehen dürfen, wird doch in manchen Fällen diese Regelung zu Härten und Unbilligkeiten führen. Es ist keineswegs gesagt, dass sich die Unrichtigkeit der Heranziehung zu Unfallbeiträgen meistens schon in den ersten

---

[29] Vgl. unten S. 217 fg.

[30] Kommissionsbericht Nr. 703a a. a. O. S. 107.

Monaten nach der Benachrichtigung über die erfolgte Veranlagung herausstellen wird, dass also für die Erstreckung der Frist, wie die Kommission angenommen hat, kein Bedürfnis vorliege. Es handelt sich ja gerade darum, diejenigen Fälle zu treffen, in denen sowohl der Genossenschaftsvorstand wie der Unternehmer durch Missverständnisse, Versehen u. dgl. den Betrieb für unfallversicherungspflichtig hielten, während er es in Wirklichkeit nicht war. Jahre können darüber vergehen, bis ein solcher Irrtum aufgedeckt wird. Oft bringt erst ein Unfall, in dessen Verlauf sich die Spruchinstanzen bis zum Reichsversicherungsamt mit der Rentenangelegenheit zu befassen haben, auf die richtige Spur und zieht die Löschung des zu Unrecht im Genossenschafts-Verzeichnis geführten Betriebes nach sich. Nun ist allerdings vom Reichsversicherungsamt der Grundsatz aufgestellt, dass die Eintragungen in diesem Verzeichnis („Kataster“) bindende Kraft insoweit haben, als die Berufsgenossenschaft bei Unfällen, die sich in einem eingetragenen Betriebe ereignen, die Zugehörigkeit des Betriebs zu der Genossenschaft nicht nachträglich in Zweifel ziehen kann[31]. So lange dieser Grundsatz festgehalten wird, spricht die Billigkeit dafür, dass die Berufsgenossenschaft, die das Risiko trägt, in Gestalt der Beiträge dafür schadlos gehalten wird. Aber es fragt sich, ob der Gedanke der formellen Mitgliedschaft auf die Dauer gerechtfertigt erscheint. Wenn man sich, wie es in der vorliegenden Erörterung versucht wird, daran gewöhnt, das Recht der Arbeiterversicherung unter einheitlichen Gesichtspunkten zu betrachten, dann ist es in hohem Grade auffallend, welche Sonderbehandlung hier das Unfallrecht im Gegensatz zu der Invaliden- und der Krankenversicherung erfahren hat. Das Reichsversicherungsamt lässt es sich bei allen Invaliden- und Altersrentensachen, mit denen es sich zu befassen hat, nicht nehmen,

[31] Amtliche Nachrichten des R.V.Amts 1886 S. 55; 1887 S. 39; 1888 S. 69, 314; 1889 S. 354; 1890 S. 453, 454; 1892 S. 324; 1894 S. 199; 1896 S. 314, 316, 319.

im Wege der Revisionsprüfung zu untersuchen, ob die Markenverwendung wirklich zu Recht besteht, und ob nicht Irrtümer dabei vorgekommen sind. Nur in denjenigen Fällen, in welchen vor Einleitung des Rentenfeststellungsverfahrens die zuständigen Behörden (§ 155 I.V.G.) rechtskräftig über die Frage der Versicherungspflicht entschieden haben, ist dieser Ausspruch für die später sich bei der Angelegenheit befassenden Renteninstanzen massgebend [82]. Sonst begründet die in einer ordnungsmässig ausgestellten Quittungskarte ordnungsmässig erfolgte Markenverwendung nur eine Vermutung dafür, dass es mit der Pflicht- oder freiwilligen Versicherung in der betreffenden Zeit seine Richtigkeit hat (§ 147). Diese Vermutung ist indes in vollem Umfange durch den (der Versicherungsanstalt obliegenden) Gegenbeweis zu widerlegen [83], und es ist nicht selten vorgekommen, dass dieser Gegenbeweis mit Erfolg geführt wurde (z. B. bei dem Versuch, die Rente gewissermassen zu kaufen, indem man für betagte Angehörige die Markenverwendung bewirkte, oder bei der Beitragszahlung von Personen, die schon invalide waren, die aber die Wartezeit noch nicht vollendet hatten und deshalb eine Anzahl fernerer Marken in ihrer Quittungskarte brauchten). Eine formell unanfechtbare Beitragsleistung widerstrebt also dem Invalidenversicherungsrecht, und nicht minder fremd ist sie dem Gebiete der gesetzlichen Krankenfürsorge. Schon auf S. 184 Anm. 3 ist darauf hingewiesen, dass die Tatsache der Führung in der Mitgliedrolle und die — äusserliche — Tragung des Risikos unwesentlich für den Rückerstattungsanspruch sei. Das ganze

---

[82] GEBHARD und DÜTTMANN S. 673.

[83] Die Begründung (Nr. 93 der Reichstagsdrucksachen von 1898/9) sagt auf S. 338, es bleibe der Versicherungsanstalt unbenommen, die Rechtmässigkeit der Markenverwendung nachträglich näher zu prüfen. Nur werde sie sich nicht darauf beschränken dürfen, von den Versicherten den Nachweis des Bestehens eines Versicherungsverhältnisses zu fordern. Eine Ausnahme sei nur für die Fälle zuzulassen, in denen offenbar Marken nachträglich beigebracht sind.

Krankenversicherungsrecht mit seinem System der Pflichtmitgliedschaft, der Mindestleistungen und des Zwangs enthält so viel von dem Geiste des öffentlichen Rechts, dass die Rücksichtnahme auf das Versehen der Beteiligten und der Ausschluss von Einreden gegen die rechtswidrige Mitgliedschaft einen bedenklichen Rückfall in das Gebiet des Privatrechts bedeuten würde [34]. Der Satz: „Jura vigilantibus scripta sunt" hat hier keine Kraft; man könnte an seine Stelle setzen: „Jura omnibus scripta sunt", denn jeder unterliegt dem öffentlich-rechtlichen Zwang, niemand darf sich ihm entziehen, und wenn ein Verstoss gegen die gesetzlichen oder statutarischen Vorschriften aufgedeckt wird, so kann verlangt werden, dass er mit seinen Folgen beseitigt werde. Die Verjährungsfrist ist im Invaliden- und Krankenversicherungsrecht nicht besonders geregelt. Da keine der kurzen Verjährungsfristen des B.G.B. auf das Verhältnis zwischen den Arbeitgebern oder den Versicherten und der Versicherungs-Anstalt, Krankenkasse u. s. w. Anwendung findet, und da im I.V.G. wie im Kr.V.G. nur die Verjährung des Anspruchs der Versicherungsstelle auf Zahlung der Beiträge ausgesprochen ist (zwei Jahre nach § 168 I.V.G., Ablauf des nächstfolgenden Kalenderjahrs nach § 55 Abs. 1 Kr.V.G.), so würde an sich die dreissigjährige Verjährung des § 195 B.G.B. für den Erstattungsanspruch gelten. Es darf indessen nicht übersehen werden, dass nach Artikel 104 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf Rückerstattung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben unberührt bleiben. Die herrschende Meinung rechnet zu diesen Vorschriften auch die über die Statthaftigkeit der Rückforderung, ihre zeitliche Dauer und ihre Verjährung [35]. Da nun die Kranken-

[34] Die Begründung einer Unterstützungspflicht durch die irrtümliche Annahme von Krankenkassenbeiträgen ist ausdrücklich verneint in der „Arbeiterversorgung" Bd. 15 S. 48.

[35] FISCHER-HENLE B.G.B. S. 1055 Anm. zu Art. 104.

kassenbeiträge (allerdings mit Ausschluss der Hilfskassenbeiträge) zu den öffentlichen Abgaben gezählt werden („Arbeiterversorgung" Bd. 13 S. 362 unter Nr. 2), und da von den Invalidenbeiträgen dasselbe anzunehmen ist (ROSIN I S. 651), so erscheint der Schluss gerechtfertigt, dass durch Landesrecht die dreissigjährige Verjährung der Rückforderung abgekürzt werden kann. Es mag auch zugestanden werden, dass die kürzere Verjährung dem Bedürfnis entspricht, und es wäre wünschenswert, dass die sechsmonatliche Frist im Unfallrecht zu Gunsten einer gleichmässig auf die Dauer von zwei oder vier Jahren bemessenen Verjährungszeit geändert würde (im übrigen vgl. de lege ferenda WEYMANN, Anm. 7 zu § 146 I.V.G.).

Die Form, in der die Geltendmachung zu geschehen hat, ist im Unfall- und im Invalidenversicherungsrecht genau geregelt, während man im Bereiche der Krankenversicherung auf die Erforschung des gesetzgeberischen Willens im Wege der Auslegung angewiesen ist.

§ 102 Abs. 5 G.U.V.G. schreibt vor, dass die Rückerstattung der ohne Widerspruch zu Unrecht oder in zu hohem Betrage erhobenen Beiträge auf dem in Absatz 1 das. bezeichneten Wege verlangt werden kann. Der Anspruch ist demgemäss durch nachträglichen Widerspruch beim Genossenschaftsvorstand geltend zu machen; wird ihm überhaupt nicht, oder nicht in dem beantragten Umfange Folge geleistet, so kann der Antragsteller innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung der Entscheidung des Genossenschaftsvorstandes Beschwerde an das Reichs- oder Landesversicherungsamt verfolgen.

Nach § 158 I.V.G. (vgl. auch § 160 das.) hat auf Antrag (des Arbeitgebers sowie des pflichtmässig oder freiwillig Versicherten) die untere Verwaltungsstelle und da, wo Rentenstellen bestehen (wie in Beuthen und Montabaur), der Vorsitzende derselben dafür zu sorgen, dass zuviel erhobene Beiträge von der zuständigen Versicherungsanstalt wieder eingezogen und den Beteiligten

(oben S. 201) zurückgezahlt werden. Die preussische Anweisung, betreffend das Verfahren bei der Ausstellung und dem Umtausch, sowie bei der Erneuerung (Ersetzung) und der Berichtigung von Quittungskarten (§§ 131 ff., 158, 160 des I.-V.G.)[36] sagt in bezug auf die Abwicklung des Erstattungsanspruchs:

„Nr. XX Abs. 2: Nach Beibringung der richtigen Marken hat die untere Verwaltungsbehörde (Vorsitzender der Rentenstelle) die zu niedrigen Marken zu vernichten und wegen Rückzahlung des Wertes derselben der Versicherungsanstalt Mitteilung zu machen. Die Auszahlung des Geldbetrages oder die Verteilung desselben zwischen den bei Ankauf der vernichteten Marken beteiligt gewesenen Arbeitgebern und Versicherten kann dem Empfänger überlassen bleiben.

Uebersendet die Versicherungsanstalt den Betrag durch die Post, so bedarf es der Ausstellung einer besonderen Quittung des Empfängers nicht. Es ist vielmehr Sache der Versicherungsanstalt, durch Postschein oder auf andere Weise einen genügenden Nachweis über die Absendung des Geldbetrages zu ihren Akten zu bringen."

Was die Kosten der Geldübersendung anlangt, so hat das Reichsversicherungsamt in dem Bescheide Nr. 708 von 1899 (Amtl. Nachr. S. 379) ausdrücklich festgestellt, dass die Versicherungsanstalt die zu erstattenden Beträge nicht portofrei an die untere Verwaltungsbehörde zu übersenden verpflichtet sei, da die Regel des portofreien Verkehrs nur für den schriftlichen, nicht für den Geldverkehr Bedeutung habe; Erfüllungsort für die Zurückzahlung des durch ungerechtfertigte Bereicherung an die Versicherungsanstalt gelangten Betrages sei deren Sitz, und von einem Verschulden der Versicherungsanstalt

[36] Abgedruckt bei GEBHARD und DÜTTMANN S. 215 ff. Für andere Bundesstaaten hat vielfach diese Anweisung als Grundlage gedient.

betreffs der unrichtigen Markenverwendung könne nicht die Rede sein. Dieser Anschauung ist durchaus beizupflichten; aus § 159 I.V.G. lässt sich ebenfalls nur ableiten, dass die Porto- wie die sonstigen Kosten des Verfahrens der betreffende Bundesstaat zu tragen hat[37].

In der preussischen Anweisung wird weiter gesagt:

„Nr. XXII. Ergibt sich, dass zu viel Marken beigebracht sind, so hat die untere Verwaltungsbehörde (der Vorsitzende der Rentenstelle) die überschiessenden Marken zu vernichten und im übrigen nach XX Abs. 2 zu verfahren. Findet das Einziehungsverfahren Anwendung, so ist das Erforderliche auch hier den Krankenkassen und Hebestellen zu überlassen.

XXIII. Ein Berichtigungsverfahren wegen angeblicher Verwendung von Marken einer zu hohen Lohnklasse[38] hat die untere Verwaltungsbehörde (Vorsitzender der Rentenkasse) nur dann einzuleiten, wenn gleichfalls dargetan wird, dass Arbeitgeber und Versicherter sich nicht, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, über eine Versicherung in der betreffenden höheren Lohnklasse geeinigt[39] haben (§ 34 Abs. 5). Wird das Verfahren eingeleitet, so ist gemäss XX Abs. 2 zu verfahren“.

Unzutreffend ist es, wenn erläuternd zu XXIII bemerkt wird (Gebhard und Düttmann S. 233 Anm. 43), es sei zweckmässig, wenn die Ausgabestelle den Arbeitgeber und den Ver-

---

[37] Rosin II S. 647. Er nimmt unter Bezug auf § 159 an, dass bei der Berichtigung auf Einverständnis der Beteiligten dasselbe gelte. Die Vorschrift des § 64 Abs. 5 I.V.G., wonach die aus Mutwillen oder durch ein auf Verschleppung oder Irreführung berechnetes Verhalten veranlassten Kosten den Beteiligten auferlegt werden können, wird kaum jemals anwendbar sein.

[38] Vgl. dazu oben S. 202—203.

[39] Auch kann der Versicherte nach der neuen Fassung des Gesetzes allein die Mehrkosten auf sich nehmen, vgl. Rosin S. 651.

sicherten zur Vermeidung der mit jedem Berichtigungsverfahren notwendig verbundenen Weiterungen darauf hinweist, dass die Verwendung höherer Marken gültig sei, wenn sie auch versehentlich erfolge, und dass der Versicherte entsprechend höhere Rentenansprüche habe (§§ 36, 37). Jn dieser Allgemeinheit erregt die an sich wohlgemeinte Rat-Erteilung Bedenken. Man darf nicht ausser acht lassen, dass Beiträge einer zu hohen Lohnklasse für eine über ein Jahr zurückliegende Zeit oder nach eingetretener Erwerbsunfähigkeit (§§ 15, 16) nachträglich bezw. für die weitere Dauer der Erwerbsunfähigkeit nicht mehr mit Erfolg entrichtet werden können (vgl. § 146 I.V.G.). In derartigen Fällen muss es also bei der Ersetzung der zu Unrecht verwendeten höheren durch die niedrigeren Marken und bei der Rückzahlung des Mehrbetrages sein Bewenden behalten (oben S. 202).

In Nr. XXIV der Anweisung ist schliesslich auch denjenigen Fällen Rechnung getragen, in welchen Marken einer unrichtigen Versicherungsanstalt beigebracht sind. Hier ist die nachträgliche Verwendung der Marken der zuständigen Versicherungsanstalt zu veranlassen, soweit nicht mit dieser eine Verständigung darüber stattfindet, dass sie für die Vergangenheit auf die Richtigstellung des Irrtums verzichtet. Ausserdem ist betreffs der Rückzahlung nach XX Abs. 2 zu verfahren.

Sollte sich die Versicherungsanstalt in dem an Streitigkeiten nach §§ 155, 156 sich anschliessenden Berichtigungsverfahren oder ausserhalb desselben im Rahmen des § 160 weigern, auf Antrag den Beteiligten die zu Unrecht entrichteten Beiträge zurückzuzahlen, so ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen die Zulässigkeit der Beschwerde an das Reichs- oder Landes-Versicherungsamt, das den widerstrebenden Anstaltsvorstand zur Erfüllung seiner gesetzlichen Obliegenheiten nötigenfalls durch Ordnungsstrafen bis zu 1000 Mk. anhalten kann (§§ 108 ff.). Für den Austrag der Sache im schiedsgerichtlichen und im

Revisionsverfahren ist kein Raum im Gesetze, aber auch kein Bedürfnis anzuerkennen, da die Aufsichtsbefugnisse des Reichs- oder Landes-Vers.-Amts genügende Gewähr bieten[40].

Die vorstehenden Darlegungen lassen erkennen, dass die Regelung der Erstattung im Unfall- und im Invaliden-Versicherungsrecht zwar nicht erschöpfend ausgefallen ist, dass sie aber doch eine grosse Anzahl von Zweifeln beseitigt, die bis zu den betreffenden Novellen geherrscht haben.

Um so begreiflicher ist es, wenn für das Gebiet der Krankenversicherung in Ermangelung fast aller Vorschriften über solche Fälle ausserordentlich grosse Unklarheit und Meinungsverschiedenheit obwaltet. Von manchen Seiten wird bestritten, dass der Rückforderungsanspruch im Wege des Streitverfahrens nach § 58 Kr.V.G. zum Austrage gebracht werden könne. Da diese Vorschrift indes ausdrücklich von Streitigkeiten zwischen den auf Grund des Kr.V.G. zu versichernden Personen oder ihren Arbeitgebern einerseits und der Gemeindekrankenversicherung oder der Ortskrankenkasse andererseits über das Versicherungsverhältnis oder über die Verpflichtung zur Leistung oder Einzahlung von Eintrittsgeldern und Beiträgen....redet, so wird man kein Bedenken tragen dürfen, die Zuständigkeit der nach Landesrecht zu bestimmenden Aufsichtsbehörde zur Abgabe der Entscheidung auf Anrufen anzunehmen[41]. Es sprechen dafür

---

[40] ISENBART-SPIELHAGEN 2. Aufl. Anm. 6 zu § 158 I.V.G.; GEBHARD und DÜTTMANN Anm. 7 zu § 160 S. 688. ROSIN II S. 642 Anm. 5. Vgl. dazu oben S. 194 betreffs des nicht Gesetz gewordenen Entwurfs von 1895.

[41] HAHN, K.V.G. 2. Aufl. Anm. 1 d zu § 58 S. 213. v. SCHICKER, 2. Aufl. das. Anm. 7 S. 307; meine Ausführungen in der „Arbeiterversorgung" Bd. 19 S. 25; Bd. 21 S. 450; Entscheidungen des R. Gerichts in Zivilsachen Bd. 25 Nr. 64 S. 306; Bd. 46 Nr. 14 S. 58; REGER, Entscheidungen Bd. 25 S. 284; FUCHSBERGER, Entsch. Bd. IX, 1. Ergänzungsband S. 67 ff.; PETERSEN, Kr.V.G. S. 410. Anderer Meinung „Arbeiterversorgung", Bd. 11 S. 637, vgl. Bd. 6 S. 211; Bd. 8 S. 255 fg. STIER-SOMLO, Deutsche Sozialgesetzgebung, S. 313 unter 2 c.

abgesehen davon, dass der Wortlaut des § 58 diese Auffassung unterstützt, auch sehr triftige innere Gründe. In den Motiven zu der Krankenversicherungsnovelle von 1892 [42] wird ausgeführt, es sei allerdings durch reichsgerichtliches Erkenntnis festgestellt worden, dass ein zwischen zwei Kassen entstehender Streit darüber, ob eine bestimmte Klasse von Personen bei der einen oder bei der andern Kasse zu versichern sei, im Wege des Prozesses vor den ordentlichen Gerichten zum Austrage gebracht werden könne (vgl. jetzt § 58 Abs. 2). Dieser Weg erscheine aber wenig geeignet bei Streitigkeiten, deren Entscheidung regelmässig von der Beurteilung gewerbetechnischer Fragen abhänge und meist eine Deklaration der über die Organisation der Krankenversicherung durch die Kassenstatute getroffenen Bestimmung einschliesse. Solche Streitigkeiten würden vielmehr am zweckmässigsten durch diejenige Behörde entschieden, welche für die Genehmigung dieser organisatorischen Bestimmungen zuständig sei und die zur Beurteilung gewerbetechnischer Fragen geeigneten Kräfte besitze. Wenn dagegen der Streit über die Kassenzugehörigkeit nicht zwischen den in Betracht kommenden Kassen, sondern zwischen dem einzelnen Versicherungspflichtigen und der Kasse entstehe, welche den Versicherungspflichtigen für sich in Anspruch nehme, liege kein genügender Anlass vor, die höhere Verwaltungsbehörde zuständig zu machen. Die Entscheidung über die Frage der Kassenzugehörigkeit bilde dann nur eine Vorfrage im Verfahren nach § 58 Abs. 1. Auch für die Ersatzansprüche des § 50 (meldesäumiger Arbeitgeber eines Erkrankten) hat die Novelle von 1892 die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde eingeführt, weil der Wechsel des Forums theoretisch nicht zu rechtfertigen sei und praktisch zu grossen Unzuträglichkeiten führe. Wenn es sich auch nicht um Fragen des administrativen Ermessens, sondern um durch das Gesetz fest begrenzte Rechtsansprüche handle, so

[42] Reichstagsdrucksachen von 1890 Nr. 151 S. 66 ff. zu §§ 57 b, 58

empfehle es sich doch, diese Streitsachen im Instanzenzuge nicht an die ordentlichen Gerichte zu überweisen, die zu einer einheitlichen Judikatur in Kassensachen bei dem Aufbau der Spruchstellen nicht gelangen würden, sondern die Verwaltungsgerichte damit zu betrauen, da es sich um Fragen des öffentlichen Rechts handle und dadurch wenigstens für den einzelnen Bundesstaat eine einheitliche Rechtsprechung gesichert werde. Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde werde ferner für alle Streitigkeiten der versicherten Personen und ihrer Arbeitgeber mit den Kassen über Beitragspflichten und Unterstützungsansprüche zu treffen sein. Auch die Frage, ob ein bestimmtes Versicherungsverhältnis bestehe, solle fortan direkt auf dem bezeichneten Wege zum Austrag gebracht werden können, und endlich sei es zweckmässig, den Bereicherungsanspruch der einen, irrtümlich unterstützenden Kasse gegen die andere, die in Wirklichkeit verpflichtet sei, durch das Gesetz (statt der Forderung des Ersatzes von dem Unterstützten und der neuen Forderung des Unterstützten gegen die zuständige Kasse) anzuerkennen und wie die anderen bereits angeführten Ansprüche dem Verwaltungsstreitverfahren nach § 58 Abs. 2 zu überweisen.

Wenn auch zuzugeben ist, dass mit ausdrücklichen Worten die condictio indebiti der Kassenbeiträge in diesen Ausführungen der Begründung nicht genannt ist, so darf man doch feststellen, dass das Bestreben dabei vorgewaltet hat, in möglichst weitgehendem Umfange die Aufsichtsbehörde als erste und nächste Instanz über die krankenversicherungsrechtlichen Fragen urteilen zu lassen, und der Schluss erscheint demnach gerechtfertigt, dass die Rückforderung der Beiträge denselben Zuständigkeitsvorschriften unterliegt, wie die Forderung selbst [43].

---

[43] In ähnlicher Weise ist anzunehmen, dass eine Krankenkasse, die versehentlich eine Unterstützung auszahlte, die nicht (oder nicht in dieser Höhe) geschuldet wurde, die Hilfe der Aufsichtsbehörde gemäss § 58 Kr.V.G. in Anspruch nehmen darf, um das Gezahlte zurück zu verlangen.

Welche Einreden können nun der bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machenden Rückforderung entgegengestellt werden?

Von der Verjährung ist oben (S. 207) schon die Rede gewesen. Eine wichtige Rolle spielt daneben die Aufrechnung, ebenso wie es unbedenklich gestattet werden muss, den Erstattungsanspruch selbst im Wege der Aufrechnung gegenüber der Krankenkasse, die fernere Beiträge fordert, geltend zu machen (z. B. bei irrtümlicher Ueberversicherung ist es angängig, die zu viel eingezahlten Beiträge im Wege der Aufrechnung einfach auf die zukünftig fällig werdenden, bis zu der richtigen Höhe herabgesetzten Beiträge zu übertragen). Die Zulässigkeit der Aufrechnung bedarf indes einiger Einschränkung. Nur dasjenige, was von dem Rückfordernden selbst zu leisten ist, kann zum Gegenstande der Aufrechnung gemacht werden. Der Arbeitgeber, der irrtümlich an die unzuständige Krankenkasse Beiträge leistete, braucht es sich nicht gefallen zu lassen, wenn der Kassenvorstand seinem Rückforderungsanspruch in vollem Umfange entgegenhält, dass der bei jenem beschäftigte, zu Unrecht in der Kassenliste als Mitglied geführte Arbeiter infolge der unzutreffenden Anmeldung Unterstützungen aus der Kasse empfangen habe [44]. Der Arbeitgeber ist durch diese Unterstützungen nicht bereichert; die Kasse kann sich also gegen seine condictio indebiti nicht mit der gleichen, auf Bereicherung des Arbeiters gestützten condictio wahren (Entscheidung des Reichsgerichts, 6 civil. Senat, v. 25. Januar 1904, Reger Bd. 25 S. 284). Von ähnlichen Anschauungen ist § 56 Abs. 2 Kr.V.G. in der Fassung der Novelle von 1892 geleitet. Die Begründung (S. 65 a. a. O.) hob hervor, dass zur Einzahlung der Beiträge in der Regel nicht die Versicherten, sondern deren Arbeitgeber verpflichtet seien, und dass die von den Arbeitgebern geschuldeten Beiträge nicht wohl den Arbeitern auf ihre

[44] Auch die Begründung, der Arbeitgeber habe durch seine Anmeldung das irrtümliche Eintreten der Kassenunterstützung verschuldet, ist nicht stichhaltig, vgl. „Arbeiterversorgung" Bd. 18 S. 38 Nr. 3.

Unterstützungsforderungen angerechnet werden könnten. Der Entwurf beschränke daher die Aufrechnung auf diejenigen Beiträge, welche von dem Unterstützungsberechtigten einzuzahlen waren. Im umgekehrten Falle, der uns hier beschäftigt, wird dasselbe gelten müssen: dem Arbeitgeber dürfen Einreden aus der Person des versicherten Arbeiters nicht entgegengehalten werden.

Was die Einreden anlangt, mit denen sich die Krankenkasse gegen den rückfordernden Arbeitgeber verteidigen kann, so mag noch ein Fall erwähnt werden, der hier und da im gewerblichen Leben vorkommt. Manche Arbeitgeber, die eine grössere Anzahl von Personen beschäftigen und deshalb (zumal bei besonders gefährlichen Betrieben, vgl. § 61 Abs. 1 Kr.V.G.) zur Errichtung einer Betriebs-(Fabrik-)Krankenkasse gezwungen werden könnten, haben eine gewisse Scheu gegen diese Massregel, teils aus Sorge vor dem Risiko, teils wegen der entstehenden Verwaltungsarbeit u. dgl. Sie ziehen es deshalb, wenn irgend möglich, lieber vor, sich von der Verpflichtung gegenüber der bisher zuständigen Ortskrankenkasse loszukaufen, indem sie dem Vorstande derselben versprechen, dass sie an die Kasse aus eigenen Mitteln einen Zuschlag zu den ordentlichen Kassenbeiträgen zahlen wollen, der die Duldung der Versicherung ihrer Arbeiter in der Kasse erträglicher macht. Bisweilen haben derartige Unternehmer dann nachträglich etwas wie Reue über dieses Abkommen verspürt und dasselbe in seinen Folgen anzuerkennen abgelehnt, indem sie sich weigerten, weiter die Zuschläge zu zahlen, und sogar das bereits Gezahlte zurückforderten. Es ist indes nicht einzusehen, weshalb eine derartige Uebereinkunft nicht gültig sein soll; etwas Unsittliches ist darin nicht zu erblicken [45]. Selbstverständlich dürfen mit dem Zuschlag die Arbeiter nicht belastet werden, auch kann

[45] Für die Gültigkeit spricht sich auch die „Arbeiterversorgung“ Bd. 20 S. 574 Nr. 2 aus. Dort handelte es sich um eine Baukrankenkasse, die denselben Grundsätzen wie eine Betriebskrankenkasse unterliegt.

derselbe (und die Rückforderung) nicht im Wege des § 58 geltend gemacht werden, da es sich um eine privatrechtliche Zuwendung handelt, und man wird das Abkommen als jederzeit lösbar behandeln dürfen, weil die Kassenverwaltung zwar tatsächlich das Recht, auf Errichtung einer eigenen Betriebskrankenkasse zu drängen, ruhen lassen, aber nicht rechtsverbindlich auf diese öffentlich-rechtlich bedeutsame Befugnis verzichten kann.

Unwirksam ist eine andere Einrede der Kassenverwaltung, obwohl man ihr häufig begegnet. Manche Kassen haben in ihren Quittungen (hier und da wohl auch in den Statuten) den Vermerk, dass Einwendungen gegen die Eintragungen betreffs der Beitragsberechnung spätestens binnen kurzer Frist (1—2 Wochen u. s. w.) zu erheben seien, widrigenfalls sie als ausgeschlossen behandelt würden. So einfach und bequem es wäre, sich auf diese Weise einer späteren Nachprüfung zu entledigen, gibt doch das Gesetz hierfür nicht die nötige Unterlage[46]; selbst im Privatrecht werden bekanntlich derartige Vermerke vielfach als einseitige und deshalb bedeutungslose Kundgebungen betrachtet.

Wie auf S. 203 schon ausgeführt ist, haben die Arbeiter, für die rechtsirrtümlich an die unzuständige Kasse Pflichtbeiträge geleistet wurden und die durch Lohnabzug zu $^2/_3$ selbst beisteuerten, insoweit einen unmittelbaren, gegen die Kasse gerichteten Bereicherungsanspruch[47]. Dasselbe gilt von den vollen Beiträgen, die jemand in der Meinung, freiwillige Versicherung sei für ihn bei dieser Kasse statthaft, entrichtet hat („Arbeiterversorgung“ Bd. 22 S. 643 Nr. 4. HAHN, Kr.V.G. 3. Aufl. S. 300 bei § 58.) Es leuchtet ein, dass diesem Anspruch mit Erfolg der Hinweis auf die mindestens in gleicher Höhe geleisteten Unterstützungen des Betreffenden entgegengestellt werden

[46] Vgl. oben S. 207; „Arbeiterversorgung“ Bd. 18 S. 355 Nr. 1. unter 4.

[47] Entscheidung der Kreisregierung in Ulm, ebenda Bd. 18 S. 92; anders Bd. 15 S. 236 daselbst.

kann, während es willkürlich sein würde, bei einer Mehrzahl der irrig versicherten Arbeiter die Gesamtheit der an alle gezahlten Unterstützungen zusammenzurechnen und den Kopfdurchschnitt in Gegenrechnung zu stellen. Nur dem einzelnen gegenüber kommen Beitrag und empfangene Unterstützung in Betracht.

Wie die unzuständige Krankenkasse im Verfahren des § 58 die irrtümlich geleistete Unterstützung von der zuständigen Kasse zurückfordern kann [48], so würde es auch ausserordentlich einfach sein, der zuständigen Kasse das Recht zu geben, dass sie von der unzuständigen die zu Unrecht empfangenen Beiträge sich zahlen lässt, um sie auf die ihr zustehende Pflichtbeitragsleistung zu verrechnen. Für dies an sich zweckmässige Verfahren bietet indes das Kr.V.G. keine Handhabe, es sei denn, dass die zuständige Zwangskasse sich von dem Arbeitgeber (oder dem freiwillig zahlenden Mitgliede) dessen Rückforderungs-Anspruch gegen die unrechtmässig bereicherte Krankenkasse abtreten liesse [49]. Eine cessio legis in dieser Richtung ist dem Gesetze fremd.

Soweit die bereicherte Kasse schon dem Arbeitgeber die vollen Beiträge zurückgezahlt hat, kann sie, da ihre Bereicherung weggefallen ist, den Versicherten an jenen verweisen. Auch sonst steht dem Arbeiter, welchem von seinem Lohne Versicherungsbeiträge zu Unrecht abgezogen sind, das Recht zu, sie von dem Arbeitgeber zurückzufordern und es diesem zu überlassen, sich bei der Krankenkasse schadlos zu halten. Dabei muss man unterscheiden: handelt es sich um Zweifel an der Versicherungspflicht, an der Höhe der massgebenden Lohnklasse u. dgl., so greift das Verfahren nach § 58 Kr.V.G. platz. Ist dagegen nur die Berechnung und Anrechnung der von den beschäftigten Personen zu leistenden Beiträge streitig, so findet das Gewerbegerichtsgesetz Anwendung (§ 53a Kr.V.G.).

[48] Oben S. 213.

[49] „Arbeiterversorgung" Bd. 21 S. 587 Nr. 6.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der freieren Auffassung, die seit der Gewerbegerichtsnovelle über Zuständigkeitsfragen herrscht, der Anspruch auf Rückgewähr des durch Lohnabzug Genommenen (oder einfacher gesagt auf Zahlung des Restlohnes) als Leistung aus dem Arbeitsverhältnisse zu betrachten ist, die mit der gewerbegerichtlichen Klage eingeklagt werden darf[60].

Wenn in den vorstehenden Ausführungen die Verhältnisse bei den Zwangskassen und der Gemeindekrankenversicherung berücksichtigt sind, so mag schliesslich betreffs der privaten Versicherungsvereine, Hilfs- und ähnlichen Kassen darauf hingewiesen werden, dass ihnen gegenüber die Rückforderung von Beiträgen wesentlich anders zu beurteilen ist. Hier handelt es sich nicht um Einrichtungen, bei denen der strenge Charakter des öffentlichen Rechts stark überwiegt. Die Voraussetzungen, der Inhalt und die Geltendmachung des Rückforderungsrechts sind deshalb abweichend. Dies zeigt sich besonders darin, dass die Beiträge nicht im Wege der Anrufung der Aufsichtsbehörde zurückverlangt werden können, sondern dass das ordentliche gerichtliche Verfahren dafür massgebend ist, falls nicht im Kassenstatut etwas anderes bestimmt sein sollte. Da indes diese Statutbestimmung (etwa mit dem Inhalte, dass der Ausschuss der Kasse oder ein Schiedsgericht über die Angelegenheit zu entscheiden hat)[61] nur für die Mitglieder rechtsverbindlich ist, so kann sie jemand nicht entgegengehalten werden, der überhaupt nicht Mitglied geworden ist, und der, weil der Versicherungsvertrag durch einen Rechtsirrtum oder andere Gründe nicht zustande gekommen, die geleisteten Beiträge mit

---

[60] von Schulz und Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin, S. 297 Nr. 195.

[61] Bei manchen Kassen ist im Statut vorgeschrieben, dass ein Schiedsgericht endgültig die Entscheidung über Streitigkeiten aus dem Versicherungsverhältnis abgeben soll, bei andern hat der Anrufung des ordentlichen Gerichts die Entscheidung einer Spruchstelle (Ausschuss, Schiedsgericht u. dgl.) voranzugehen, vgl. „Arbeiterversorgung“ Bd. 10 S. 85.

der Bereicherungsklage herausverlangt. In derartigen Fällen ist also von vornherein das Amts- u. s. w. Gericht zuständig. Es macht keinen Unterschied, ob die Kasseneinrichtung zu den bevorrechtigten gehört, welche die gesetzlichen Mindestleistungen gewähren und deshalb von der Zugehörigkeit zu der gesetzlichen Zwangsversicherungsstelle befreien, oder ob es sich um eine „Zuschusskasse“ handelt. Denn die Vorschrift in § 76 Kr.V.G. besagt nur, dass auf die bevorrechtigten Kassen die Bestimmungen in §§ 57, 58 Absatz 2 Kr.V.G. Anwendung finden sollen; die Hilfskasse kann also eine Ortskrankenkasse auf Ersatz irrtümlich gewährter Unterstützungen[52] bei der Aufsichtsbehörde belangen und umgekehrt. Ein Hilfskassenmitglied ist dagegen ausser stande, durch Spruch der Aufsichtsbehörde die unter § 58 Absatz 1 Kr.V.G. fallende Streitigkeit wegen der Rückzahlung der Versicherungsbeiträge erledigen zu lassen. Ganz ausgeschlossen ist es nicht, die Aufsichtsbehörde in derartigen Fällen in Tätigkeit zu setzen: wenn es sich darum handelt, allgemeine Abhilfe gegen Missbräuche zu schaffen, die sich bei der Kassenverwaltung gezeigt haben (unlautere Machenschaften bei der Anwerbung von Mitgliedern unter Vorspiegelung besonders günstiger Versicherungsbedingungen, unter Verheimlichung oder Entstellung gewisser statutarischer Aufnahmevorschriften u. dgl.), so wird sich die Aufsichtsbehörde der betreffenden Kasse (Polizeipräsidium, Magistrat u. s. w.) nicht der Pflicht entziehen, die Kassenverwaltung auf diese Ungehörigkeit aufmerksam zu machen und nötigenfalls durch Androhung und Verhängung von Ordnungsstrafen, bei fortgesetzter Widersetzlichkeit sogar durch Schliessung der Kasse nach §§ 33, 34, 29 des Hilfskassengesetzes einzuschreiten. Dem einzelnen Versicherten, der seine Beiträge zurückverlangt, bleibt gleichwohl zur Durchführung seines Anspruchs nur der oben angedeutete Weg. Wird

---

[52] Oben S. 213.

behauptet, die Mitgliedschaft sei durch Betrug seitens der Kassenvertretung (Rechnungsführer, Vorstandsmitglied, Agent) dem Betreffenden aufgedrängt und bestehe überhaupt nicht zu Recht[53], so wird von der Inanspruchnahme des etwa im Statut vorgesehenen Ausschusses, Schiedsgerichts u. s. w. abgesehen werden können, weil die gesamten Statuten den Anspruchsberechtigten nicht binden. Wenn dagegen nur die Höhe der Beiträge in Frage steht (z. B. weil das Mitglied durch Irrtum veranlasst ist, aus einer niedrigen Unterstützungs-Klasse in eine höhere derselben Kasse überzutreten), dann behält es bei der statutarischen Vorschrift über die Unzulässigkeit des Rechtswegs sein Bewenden.

Der Ueberblick über die Gestaltung der Rückforderung von Versicherungsbeiträgen soll nicht geschlossen werden, ohne dass auch an dieser Stelle wieder hervorgehoben wird, wie mannigfaltig und verschiedenartig sich die Regelung derartiger Ansprüche in den einzelnen Gebieten der Arbeiterversicherung entwickelt hat. Das Herausfinden einheitlicher Gesichtspunkte dabei ist nicht leicht. Dies hängt mit der allmählichen geschichtlichen Erweiterung der sozialen Fürsorge eng zusammen. Je deutlicher man sich vergegenwärtigt, welche Nachteile sich aus der Ungleichmässigkeit der Vorschriften im Bereiche der Kranken-, der Unfall- und der Invalidenversicherung ergeben, desto lebhafter wird der Wunsch, dass in nicht allzu ferner Frist durch übersichtliche Zusammenfassung Wandel geschaffen werden möge, wie es die Reichsregierung in Aussicht gestellt hat.

---

[53] Vgl. den umgekehrten Fall der Erschleichung der Kassenmitgliedschaft durch Betrug seitens des Aufnahmesuchenden in der „Arbeiterversorgung“ Bd. 14 S. 373.

Ein Beitrag zur Lehre von den Gemeindeverträgen.

Von

Dr. iur. JOSEPH BOEHM in Berlin.

§ 56 Z. 8 der Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom 30. Mai 1853 lautet:

„Der Magistrat hat als Ortsobrigkeit und Gemeindeverwaltungsbehörde insbesondere folgende Geschäfte: 8. die Stadtgemeinde nach aussen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, den Schriftwechsel zu führen und die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen. Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Stadtgemeinde von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter gültig unterzeichnet; werden in denselben Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen, so muss noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen; in Fällen, wo die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, muss dieselbe in beglaubigter Form der gedachten Ausfertigung beigefügt werden."

§ 88 Z. 7 der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 lautet:

„Insbesondere liegen dem Gemeindevorsteher folgende Geschäfte ob: 7. Die Gemeinde nach aussen zu vertreten und

namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln.

Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, in gleichen Vollmachten, müssen unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung oder Entschliessung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde vom Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein."

Aus diesen beiden Bestimmungen leitet DERNBURG [1] die Rechtsansicht her, dass der Magistrat die Gemeinde Dritten gegenüber gültig verpflichten könne und dass es nicht darauf ankomme, ob ein Beschluss der Stadtverordneten - Versammlung überhaupt gefasst sei oder nicht, dass vielmehr das Verhältnis des Magistrats zu den Stadtverordneten innere Angelegenheit der Gemeinde bleibe, während das entgegengesetzte Prinzip nach der Landgemeindeordnung bestehe. Nach dieser könne der Gemeindevorsteher die Gemeinde Dritten gegenüber nicht gültig verpflichten, da in der von dem Gemeindevorsteher zu unterzeichnenden Urkunde nach dem Gesetz der betreffende Gemeindebeschluss angeführt werden müsse.

Zum näheren Verständnis beider Vorschriften ist eine Darlegung ihrer geschichtlichen Entwickelung erforderlich.

§ 56 der Städteordnung zeigt folgenden Entwicklungsgang:

Das Landrecht kennt keine Vertretungsbefugnis des Magistrats. ALR. II 8 § 108 gibt den Stadtgemeinden die Rechte privilegierter Korporationen. Nach allgemeinem Landrecht II 6 § 137 ff. hat der Magistrat das Recht und die Pflicht, alles zu tun, was zur guten Ordnung in den Geschäften und Verhandlungen und zum gewöhnlichen nützlichen Betrieb der gemeinsamen Angelegenheiten erforderlich ist. Eine Geschäftsbesor-

[1] DERNBURG, preuss. Privatrecht, 3. Aufl. 1881, § 53 S. 114, 1, ähnlich 5. Aufl. 1894 S. 108, 2; auch KOCH ALR. Bd. III. S. 757 ff. Anm. 9 c.

gung kommt jedoch nicht ihm zu, sondern den von der Stadtgemeinde besonders bestellten und mit besonderer Vollmacht versehenen Repräsentanten, §§ 114. 117 ibid.

Nach der Städteordnung vom 19. November 1808 [2] sind die Stadtverordneten Vertreter für die Angelegenheiten des Gemeinwesens, §§ 48, 108. Der Magistrat selbst ist nur ausführende Behörde und Aufsichtsorgan. §§ 127, 178.

Nach der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831 [3] ist der Magistrat lediglich Obrigkeit und Verwalter der Gemeindeangelegenheiten, die Mitglieder der Stadtgemeinde werden in allen Angelegenheiten der Gemeinde durch Stadtverordnete vertreten. § 45. Die Stadtverordnetenversammlung vertritt die Stadtgemeinde nach aussen und fasst für sie rechtsverbindliche Beschlüsse. § 75. Der Magistrat ist nicht nur ausführende Behörde, sondern ihm steht auch die Entscheidung in wichtigen Angelegenheiten zu. §§ 107, 110 ff. — § 127 bestimmt unter dem Titel: „Abschluss von Rechtsgeschäften“: „Urkunden, welche die Stadtgemeinde verbinden sollen, müssen vom Magistrat ausgestellt und vom Bürgermeister oder Oberbürgermeister unterschrieben werden; es muss aber, wenn sie Angelegenheiten des Stadthaushalts betreffen, ihnen der Genehmigungsbeschluss der Stadtverordnetenversammlung oder in dem Falle des § 115 die Entscheidung der Regierung in beglaubigter Form beigefügt sein. . . . .“

Nach der aufgehobenen Gemeindeordnung vom 11. März 1850 [4], welche die Gemeindeverfassung der Stadt- und Landgemeinden einheitlich regelt, vertreten Gemeindevorstand und Gemeinderat die Gemeinden nach näherer Vorschrift des Gesetzes

[2] Novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium, Bd. 12 S. 473 ff.

[3] Gesetzsammlung für die preussischen Staaten 1831 S. 10.

[4] Gesetzsammlung für die preussischen Staaten 1850 S. 213. Diese Gemeindeordnung ist durch Gesetz vom 24. 5. 1853 (GS. 1853 S. 238) aufgehoben.

cf. § 7. Der Gemeinderat hat über alle Gemeindeangelegenheiten zu beschliessen, soweit sie nicht ausschliesslich dem Gemeindevorstand überwiesen sind. cf. § 33. Der Gemeindevorstand hat insbesondere folgende Geschäfte:

5. Die Gemeinde in Prozessen zu vertreten,

9. die Gemeinde nach aussen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, den Schriftwechsel zu führen und die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen. Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Gemeinde von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter gültig unterzeichnet: § 53 ibid. Ebenso für die Gemeinden, welche nicht mehr als 1500 Einwohner haben §§ 93, 114, jedoch mit dem Unterschiede, dass hier der Gemeindevorsteher (Einzelperson) die Vertretungsbefugnis hat.

In die neue Städteordnung vom 13. Mai 1853 ist diese Vorschrift in der oben S. 222 angegebenen Fassung übergegangen.

Aus ihr sucht man den Rechtssatz herzuleiten, dass der Magistrat die Stadtgemeinde nach aussen unbeschränkt vertritt und auch bei Ueberschreitung seiner Befugnisse sie gültig verpflichtet. Die Entscheidung des Oberhandelsgerichts [5], die sich dahin ausspricht, verkennt selbst nicht, „dass dieser Rechtsansicht

[5] Entsch. des ROHG. Bd. 13 S. 332. Ebenso MÖLLER, preussisches Stadtrecht. S. 116, 117, 348 und FÖRSTER, pr. Pr. Bd. IV § 284 S. 397 1. Auflage 1873. Ferner STRIETHORST, Archiv Bd. 79 S. 193, Urteil vom 20. 9. 1870: Ein klagender Feldmesser, welcher für die beklagte Stadtgemeinde auf blosse mündliche Bestellung des Bürgermeisters hin Feldmesserarbeiten ausgeführt hatte, fordert Bezahlung. Die Beklagte wendet ein, dass sie durch Bestellung des Bürgermeisters nicht verpflichtet werde. Das Gericht hält den Einwand für rechtsirrtümlich. Eine bedenkliche Entscheidung. Ebenso GRUCHOT, Beitr. Bd. 18 S. 777, wo ohne weiteres aus dem Satz, dass der Magistrat die Stadt nach aussen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln hat, gefolgert wird, dass in dem Verhältnis zu dritten Personen die Gemeinde allein durch den Magistrat vertreten werde und die Beschlussfassung der Stadtverordnetenversammlung als eine innere Angelegenheit nicht weiter von Bedeutung sei und daher die Stadtgemeinde schon aus einer Handlung in Anspruch genommen

erhebliche ökonomische Bedenken entgegenstehen, dass sie mit der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Städterechts, welches überall nur eine durch die Städteverfassung begrenzte Vertretungsbefugnis des Gemeinderats anerkannte und den diese verfassungsmässigen Grenzen überschreitenden Willenserklärungen des Rats keine Rechtswirkungen gegen die Gemeinde beimass, nicht im Einklange steht; dass sie im älteren preussischen Städterecht cf. insbesondere Städteordnung vom 19. November 1808 keine erkennbare Stütze findet und der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831 § 127 widerspricht; endlich auch dem gemeinen wie dem preussischen Recht ein allgemeiner Grundsatz fremd ist, vermöge dessen die Vollmacht notwendig oder regelmässig in einem weiteren Umfange besteht, als der Auftrag reicht und das denselben vertretende anderweitige Rechtsverhältnis ergibt; dass aber gleichwohl Inhalt und Entstehungsgeschichte der neueren preussischen Städteordnung zu der Annahme nötigen, dass in der Tat die Vertretungsbefugnis des Magistrats hat unbeschränkt statuiert werden sollen: Der Inhalt, weil das Gesetz ganz allgemein dem Magistrat Vertretungsbefugnis zulege und schwerlich anzunehmen sei, dass formell für urkundliche Willenserklärungen ein Akt des Magistrats allein genügen sollte, falls deren materielle Wirkung an die Zustimmung der Stadtverordneten-Versammlung gebunden sein sollte. — Auch weise der Satz, dass eine Beifügung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich sei, deutlich darauf hin, dass ein Beschluss der Stadtverordneten-Versammlung nicht erforderlich sei. Daher habe die Landgemeindeordnung vom 14. April 1856, welche das entgegengesetzte Prinzip aufstelle, auch hinsichtlich der Form eine entgegengesetzte Vorschrift aufgenommen. — Die Entstehungsgeschichte, weil aus der aufgehobenen Gemeindeordnung vom 11. März 1850 die Vertretungsbefugnis des Ma-

werden könne, wenn dieselbe nur Gegenstand der Beschlussfassung des Magistrats gewesen ist.

gistrats allein folge, und weil schon in ihr bereits die Formvorschriften des § 127 der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831 weggefallen und damit das Prinzip der revidierten Städteordnung deutlich verlassen sei.

Demgegenüber hat MEIER[6] mit Recht ausgeführt, dass der Inhalt der Vorschrift: der Magistrat hat die Stadtgemeinde zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, nicht mehr besagt, als schon der Art. 227 des alten HGB. vorschreibt, dass die Aktiengesellschaft durch den Vorstand gerichtlich und aussergerichtlich vertreten wird. „Es ist jedoch niemand in den Sinn gekommen, diesen Bestimmungen eine so weittragende Bedeutung beizulegen. Mit ihnen sollte im wesentlichen nur die juristische Persönlichkeit anerkannt werden, aber nichts über den Umfang der Vertretungsbefugnis bestimmt werden.“ Die absolute, unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsbefugnis des Vorstandes einer Aktiengesellschaft folge erst aus Art. 231 Abs. 2 des alten HGB. MEIER führt weiter aus, dass die Machtexzesse des Magistrats in viel höherem Masse die Gemeindeglieder treffen würden wie die Ueberschreitungen des Vorstandes die Aktionäre. Gerade die Vermögensangelegenheiten in der Gemeinde seien es, über welche diese zu beraten und zu beschliessen hätte. Es müsse Pflicht jedes Staatsbürgers sein, die Gemeindeordnungen des eigenen Landes zu kennen, sodass eine Gemeinde sehr wohl berechtigt sei, einem Dritten entgegenzuhalten, dass der Magistrat ohne ihre Beschlussfassung gehandelt habe. § 56 Z. 8 enthalte seinem ganzen Inhalte nach nur formelle Festsetzungen; wollte man den Sinn des Gesetzes in sein Gegenteil verkehren, dann würde der ganze Anteil der Stadtverordneten auf diesem Wege eliminiert werden können.

Diesen Ausführungen ist m. E. beizutreten.

§ 10 der Städteordnung bestimmt, dass Magistrat und Stadtverordneten-Versammlung die Städte nach näherer Gesetzesvor-

[6] MEIER, Ueber den Abschluss von Staatsverträgen, S. 45 ff.

schrift vertreten. § 56 zählt die Geschäfte auf, die dem Magistrat insbesondere obliegen und gibt dann unter Ziffer 8 die ihrem Inhalt nach streitige Vorschrift. Nun wäre es nach der ganzen Anordnung der Vorschriften sehr sonderbar, wenn die Städteordnung, wollte sie den Magistrat mit absoluter, unbeschränkter und unbeschränkbarer Vertretungsbefugnis nach aussen ausstatten, eine Vorschrift, die doch ihrer allgemeinen Bedeutung nach zu den Grundlagen der städtischen Verfassung, also unter den Titel I der Städteordnung gehört hätte, erst unter den besonderen Geschäften des Magistrats gegeben hätte. Schon der Zusammenhang, in dem die Vorschrift steht, spricht gegen die allgemeine Auslegung derselben. Dann aber auch der Wortlaut. Die Vorschrift zerfällt in einen materiellen und einen formellen Teil. Der materielle Teil bestimmt, dass der Magistrat die Stadtgemeinde nach aussen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln hat. Wenn mit diesem Teil eine unbeschränkte Vertretungsbefugnis des Magistrats festgesetzt werden sollte, so ist der Sinn des zweiten Satzes, dass der Magistrat ausser seiner Vertretungsbefugnis auch zu verhandeln hat, nicht recht zu erklären. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht könnte der Zusatz als selbstverständlich wegfallen. Gerade aus ihm ergibt sich aber das Irrige der Ansicht. Der Magistrat hat nur zu verhandeln, in dem Wort Verhandeln liegt etwas Vorbereitendes. Nicht abschliessen, sondern nur verhandeln soll er. Die der Z. 8 vorhergehende Z. 2 spricht von der Vorbereitung der Beschlüsse der Stadtverordneten-Versammlung. Nach § 35 hat diese über alle Gemeindeangelegenheiten zu beschliessen, soweit dieselben nicht ausschliesslich dem Magistrat überwiesen sind. Mit der Normierung des Grundsatzes, dass der Magistrat die Stadt nach aussen zu vertreten hat, sind ihm aber noch keine Gemeindeangelegenheiten zur Erledigung überwiesen. Die Stadtverordneten-Versammlung bleibt mithin gemäss § 35 allein zur Beschlussfassung befugt. Ihre Beschlüsse hat

der Magistrat vermöge seiner Vollmacht, die Gemeinde nach aussen zu vertreten und mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, nur vorzubereiten und, wenn sie gefasst sind, auszuführen, aber nicht durch eigene Beschlussfassung zu ersetzen. Allerdings tritt die Stadtverordneten-Versammlung bei Vergebung von Arbeiten, bei Ankäufen von Häusern, bei Uebernahme von Strassenbahnlinien und Hochbahnen nicht direkt mit dem Dritten in Verbindung, sondern der Magistrat, er bereitet die Beschlüsse vor und bringt sie vermöge seiner Vertretungsbefugnis, wenn sie gefasst sind, zur Ausführung. Aber damit ist seine Vertretungsmacht erschöpft. Der weitere formelle Teil der Ziffer 8 bezieht sich nur auf die Vollziehung von Urkunden und insbesondere auf die Vollziehung solcher Urkunden, in denen Verpflichtungen einer Gemeinde übernommen werden, nicht auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft, d. h. die Uebernahme der Verpflichtungen selbst. Dabei kann die Stadtverordneten-Versammlung den Magistrat mündlich ermächtigen, Verpflichtungen gegenüber Dritten einzugehen. Sie kann, auch wenn diese Verpflichtungen nicht in Urkunden eingegangen sind, Dritten gegenüber nicht den Einwand entgegensetzen, dass die Form des § 56 Z. 8 nicht gewahrt sei. So kann ein Kläger, der auf mündliche Bestellung des Bürgermeisters hin für die Stadt die Pflasterung einer Strasse hergestellt hat, wenn diese die Zahlung weigert, weil keine Urkunde über den Pflasterungsvertrag vorliege, wohl die Replik entgegensetzen, dass die Genehmigung von seiten der Stadtverordneten-Versammlung nachträglich erfolgt sei. Andererseits kann die Stadtgemeinde, wenn der Magistrat seine Kompetenz überschritten hat, trotzdem eine den Formerfordernissen des § 56 Z. 8 entsprechende Urkunde vorliegen mag, dem Dritten wirksam entgegenhalten, dass ein Stadtverordnetenbeschluss nicht gefasst worden sei, und dies aus den nachher zu erörternden Gründen.

Was im einzelnen die vom Oberhandelsgericht angeführten

Argumente (S. 226) anlangt, so ist ihnen folgendes entgegenzuhalten. Mit der Normierung, dass der Magistrat berechtigt und verpflichtet sei, die Stadt nach aussen zu vertreten, ist nur seine Vertretungsbefugnis als solche anerkannt, aber nichts über ihren Umfang gesagt. Auch der Vater und Vormund sind berechtigt und verpflichtet, das Kind in seinen Vermögensangelegenheiten zu vertreten und doch geben erst nähere Bestimmungen den Umfang dieser Vertretungsbefugnis an. Daraus, dass diese näheren Bestimmungen in den Gemeindeordnungen fehlen, lässt sich aber nicht herleiten, dass der Umfang der Vertretungsmacht des Magistrats als unbeschränkt hat statuiert werden sollen. Wenn das Oberhandelsgericht meint, es sei schwerlich anzunehmen, dass formell für urkundliche Willenserklärungen ein Akt des Magistrats genügen sollte, während materiell dazu die Zustimmung der Stadtverordneten-Versammlung erforderlich wäre, so ist dem entgegenzuhalten, dass es sich bei der Vollziehung von Urkunden, für die ein Akt des Magistrats genügt, nur um Ausfertigungen handelt. Formell genügt zur Urschrift urkundlicher Willenserklärungen der Stadt auch nicht ein Akt des Magistrats, sondern das Original des Beschlusses der Stadtverordneten-Versammlung muss hinzukommen. Daraus, dass in Fällen, in denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, diese in beglaubigter Form der gedachten Ausfertigung beigefügt sein muss, kann aber auch noch nicht darauf geschlossen werden, dass es eines Beschlusses der Stadtverordneten-Versammlung nicht bedarf. In der revidierten Städteordnung vom Jahre 1831 war für Urkunden, wenn sie Angelegenheiten des städtischen Etats betrafen, die Beifügung des Beschlusses der Stadtverordneten-Versammlung in beglaubigter Form erforderlich. Weil nun in der aufgehobenen Gemeindeordnung vom Jahre 1850 von diesem Erfordernis Abstand genommen sei, ist es, so unterstellt das Oberhandelsgericht, Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Magistrat mit unbeschränkter Vertretungsmacht auszustatten.

In den Motiven zu § 53 der aufgehobenen Gemeindeordnung[7] ist nun aber mit keinem Wort davon die Rede, dass die Vertretungsbefugnis des Gemeindevorstandes eine unbeschränkte sein sollte. Die Motive sagen:

„Die Geschäfte der Gemeindeverwaltung, welche der Gemeindevorstand zu besorgen hat, sind hauptsächlich zweifacher Art:

1. Die Geschäfte der Ortsobrigkeit, die in der Ausführung der Gesetze, Verordnungen und der Beschlüsse der höheren obrigkeitlichen Behörden bestehen,

2. die Gemeindeverwaltung im engeren Sinne, bei welcher der Staat nur mittelbar beteiligt ist."

„Die Vertretung nach aussen ist lediglich gegen Kompetenzüberschreitungen des Gemeinderats normiert worden. Es war dagegen bemerkt worden, dass die Befugnis des Vorstands, die Gemeinde nach aussen zu vertreten, unbestritten sei, und dass die einzelnen Bestimmungen des § 53 von dieser Voraussetzung ausgingen."

Auch diese Bemerkung ist nicht geeignet, die gegnerische Ansicht zu rechtfertigen. — VON RÖNNE[8] bemerkt übrigens, dass aus der Vorschrift, dass die Ausfertigungen der Urkunden namens der Gemeinde vom Bürgermeister gültig unterzeichnet werden, nicht folge, dass die Mitunterzeichnung durch andere Mitglieder des Gemeindevorstands unzulässig sei und verweist auf ein Reskript über die Zweckmässigkeit der Mitvollziehung durch die Stadtverordneten in Fällen, wo es wünschenswert sei, dass deren Zustimmung aus der Urkunde selbst erhelle. — Reskript vom 20. Januar 1841. —

Wenn man nun eine unbeschränkte Vertretungsbefugnis des Magistrats in dem Gesetz statuiert finden sollte, so wäre es doch

[7] Abgedruckt in v. RÖNNE, Die Gemeindeordnung für den preuss. Staat vom 11. März 1850 S. 186. 188.

[8] v. RÖNNE, a. a. O. S. 193[2].

höchst sonderbar, wenn die Abgeordneten beider Häuser über eine in das Gemeindeleben derart tief einschneidende Frage keine Beratung gepflogen hätten.

Die Motive und die Begründung zur heutigen Städteordnung vom Jahre 1853[9] erwähnen zu dem materiellen Teil des § 56 Z. 8 überhaupt nichts, zu dem formellen Teil aber nur folgendes:

„Es wurde hervorgehoben, dass, wenn es auch genüge, dass die gewöhnlichen Ausfertigungen des Magistrats nur vom Vorsitzenden oder Stellvertreter unterzeichnet wurden, es doch wünschenswert erscheine, für solche Urkunden, durch welche Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen werden, die Unterzeichnung mehrerer Magistratsmitglieder vorzuschreiben, damit vorgekommenen Besorgnissen und Argwöhnungen, und auch späteren Anklagen über einseitig ohne Zuziehung des Magistrats erfolgte Erledigung solcher wichtiger Angelegenheiten von seiten des Bürgermeisters sofort die Grundlage entzogen werde. Es wurde deshalb in der ersten Kammer der Zusatz beantragt: „Werden in den Urkunden Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen, so muss noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzutreten.“

Auf den formellen Teil bezieht sich auch ein Ministerialreskript vom 10. Oktober 1851, wonach zum Zweck der Bestätigung der Urkunden über Ablösung von Reallasten, hinsichtlich welcher städtische Kassen und Institute die Berechtigten sind, die Beibringung des Beschlusses der Gemeindevertretung für erforderlich gehalten wurde, da eine solche Ablösung eine Veräusserung von Gerechtsamen seitens des Berechtigten in sich schliesse und daher nicht zu dem alleinigen Geschäftskreis der dem Gemeindevorstand überwiesenen Gemeindeangelegenheiten gehöre[10].

[9] Abgedruckt in Hübner, Städteordnung von 1853 S. 202.
[10] Hübner a. a. O. S. 207.

Somit können weder Inhalt noch Entstehungsgeschichte des § 56 der Städteordnung zu einer Ansicht nötigen, die von den Vertretern dieser Ansicht selbst für bedenklich erklärt wird (S. 226).

§ 88 der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 hat folgende Geschichte:

ALR. II 7 § 46 macht den Schulzen zum Vorsteher der Gemeinde; eine Vertretungsbefugnis ist ihm überhaupt nicht eingeräumt.

Nach der aufgehobenen Gemeindeordnung vom 11. März 1850 gelten für die Gemeindevorsteher die oben S. 225 angegebenen Grundsätze.

Nach dem Gesetz, betreffend die Landgemeindeverfassungen in den 6 östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom 14. April 1856 [11] bleiben die Bestimmungen des Landrechts unberührt. § 10 Z. 2 dieses Gesetzes bestimmt in Ausführung der landesrechtlichen Grundsätze:

„Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, müssen im Namen der Gemeinde von dem Schulzen und den Schöppen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel bedruckt sein; der dem Abschluss des Geschäfts zugrunde liegende Gemeindebeschluss und die dazu etwa erforderliche Genehmigung oder Entschliessung der betreffenden Aufsichtsbehörde müssen der Urkunde in beglaubigter Form beigefügt sein."

Diese Vorschrift ist in den § 87 Z. 8 Abs. 2 des Regierungsentwurfs vom 9. November 1890 zur Landgemeindeordnung vom Jahre 1891 [12] mit folgender Abänderung übergegangen:

„Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, müssen im Namen der Gemeinde von

[11] Gesetzsammlung S. 359.

[12] Aktenstück Nr. 7. Anlagen zu den stenographischen Berichten über Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der III. Session der 17. Legislatur-Periode 1891.

dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Amtssiegel versehen sein; der dem Abschluss des Geschäfts zugrunde liegende Gemeindebeschluss und die dazu etwa erforderliche Genehmigung oder Entschliessung der zuständigen Aufsichtsbehörde müssen der Urkunde in beglaubigter Form beigefügt sein."

Die dem Regierungsentwurf folgende Begründung sagt zu § 87 des Entwurfs [12]:

„Empfehlenswert erscheint eine Vereinfachung der in dem § 10 unter Nr. 2 des Gesetzes vom 14. April 1856 vorgesehenen Form für die Ausstellung von Urkunden, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen. An Stelle der Vorschrift, dass solche Urkunden von dem Gemeindevorsteher und den Schöffen unterschrieben sein müssen, wird es genügen, wenn nur die Unterzeichnung durch den Gemeindevorsteher und einen der Schöffen neben Beidrückung des Amtssiegels erfordert wird. Dies wird eine nicht unerhebliche Erleichterung des Geschäftsganges zur Folge haben, da die Beschaffung der Unterschrift zweier Schöffen unter Umständen, nämlich wenn einer oder der andere derselben an einer entfernt gelegenen Stelle des Gemeindebezirks wohnt, mit Weiterungen verknüpft ist, ferner aber auch der Fall in Betracht gezogen wird, dass eine Gemeinde mehr als 2 Schöffen hat. Es darf hierbei darauf hingewiesen werden, dass auch der § 56 unter Z. 8 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 zur Gültigkeit der Urkunden, durch welche Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen werden, nur deren Unterzeichnung durch den Bürgermeister und durch ein weiteres Magistratsmitglied fordert (!). Nach § 65 der Landgemeindeordnung für Westfalen werden solche Urkunden ebenfalls nur von 2 Personen, dem Amtmann und dem Gemeindevorsteher, vollzogen [12a]".

---

[12] Siehe die Anm. 12 auf voriger Seite.

[12a] Bemerkenswert ist, dass in dieser Begründung § 87 des Entwurfs mit § 56 Z. 8 St.O. gleichgestellt wird.

Der Bericht der XII. Kommission über den Entwurf einer Landgemeindeordnung[13] erwähnt, dass zu § 87 Z. 8 folgender Antrag „C“ vorlag:

„Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, in gleichen Vollmachten, müssen unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung oder Entschliessung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein. . . . .“

Der Kommissionsbericht führt zur Begründung des Antrags „C“ aus:

Durch die Bestimmungen in § 87 Abs. 4 Z. 8 des Gesetzentwurfs wird das im § 10 unter Z. 2 und 3 des Gesetzes vom 14. April 1856 enthaltene bisherige Recht mit der Vereinfachung aufrecht erhalten, dass für die Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, sowie für Vollmachten fortan ausser der unterschriftlichen Vollziehung durch den Gemeindevorsteher nur noch die Unterzeichnung durch einen der Schöffen erfordert wird, während diese Urkunden bisher von sämtlichen Schöffen hätten unterschrieben werden müssen. An dem Erfordernis, dass den im Abs. 5 bezeichneten Urkunden der dem Abschluss des Geschäfts zugrunde liegende Gemeindebeschluss und die etwa dazu erforderliche Genehmigung oder Entschliessung der zuständigen Aufsichtsbehörde in beglaubigter Form beigefügt sein müsse, sei um deswillen festgehalten worden, weil der Gemeindebeschluss und evtl. die Genehmigung oder Entschliessung der Aufsichtsbehörde wesentliche Voraussetzungen des rechtlichen Bestandes des Rechtsgeschäfts seien, und die desfallsig bislang geltenden Vorschriften bei der praktischen Voll-

[13] Aktenstück Nr. 145, Anlagen zu den stenographischen Berichten über Verhandlungen des Abgeordnetenhauses während der III. Session der 17. Legislatur-Periode 1890/91.

ziehung zu keinem Anstand geführt hätten. Das Gleiche gelte hinsichtlich der aus § 10 Z. 3 des Gesetzes vom 14. April 1856 in den Entwurf übernommenen Vorschrift, wonach der unterschriftlichen Vollziehung von Vollmachten die Bescheinigung beigefügt werden solle, dass die Vollmacht auf Grund eines ordnungsmässig gefassten Gemeindebeschlusses ausgestellt sei.

Aus der Vorschrift des § 10 Z. 2 des Gesetzes vom 14. April 1856, welche in die neue Landgemeindeordnung vom Jahre 1891 in der oben S. 222 ff. angegebenen Fassung übergegangen ist, hat man nun mit argumentum e contrario herleiten wollen (cf. S. 223 Anm. 1), dass, weil in der Städteordnung vom Jahre 1853 von der Beifügung eines Beschlusses der Stadtverordneten-Versammlung bezw. von seiner Anführung in der Urkunde abgesehen sei, eine Verpflichtung der Stadt gegen Dritte auch ohne Mitwirkung der Stadtverordneten-Versammlung herbeigeführt werden könne, dass aber gerade aus dem Gesetz vom Jahre 1856 das entgegengesetzte Prinzip für die Landgemeinden hervorgehe, und dass auch hinsichtlich der Form die entgegengesetzte Vorschrift aufgenommen sei.

Wenn nun wirklich mit der Formvorschrift des § 10 des Gesetzes vom Jahre 1856 ein Gegensatz zu der Vorschrift der Städteordnung hätte hergestellt werden sollen, so müsste doch wohl darüber etwas aus den Motiven zu dem Gesetz vom Jahre 1856 ersichtlich sein. Diese [14] betonen jedoch nur am Ende:

„In Ansehung der Einzelheiten des Gesetzentwurfes sind vorzüglich die Gutachten der im Jahre 1852 versammelten Provinziallandtage und unter den Kammerverhandlungen die zusammengestellten Beschlüsse der Kommission der II. Kammer aus der Sitzungsperiode von 1853 bis 1854 (Nr. 225 B. der Drucksachen der II. Kammer) als Materialien zu betrachten, mit denjenigen Massgaben, welche sich aus der jetzt innegehaltenen,

[14] Nr. 25 der Anlagen zu den Verh. des Abgeordnetenhauses vom Jahre 1856.

oben näher dargelegten prinzipiellen Behandlung des gesamten Gegenstandes bei den einzelnen Punkten ergeben“ [14]. Was diese zitierten Materialien betrifft, so ergeben die Gutachten der provinzialständischen Versammlungen der einzelnen Provinzen des Königreichs Preussen über die Streitfrage nichts. Auch die Drucksache Nr. 225 B. enthält nur in einer Zusammenstellung der Kommissionsvorschläge zu den Landgemeindeverfassungen den § 12 des Gesetzentwurfs zu dem späteren Gesetz vom Jahre 1856, welcher besagt:

„Urkunden, welche die Gemeinde verbinden sollen, müssen namens derselben von dem Schulzen und den beigeordneten Schöffen unterschrieben und durch das Gemeindesiegel beglaubigt werden. Die Beschlüsse der Gemeindeversammlung und die Genehmigung der derselben vorgesetzten Behörde sind in geeigneten Fällen der Urkunde in beglaubigter Form beizufügen.“

Der Kommissionsbericht Nr. 26 der Anlagen vom Jahre 1856 erwähnt zu dem fraglichen § 10 Z. 1 des Gesetzentwurfs überhaupt nichts.

Schon dieses Ergebnis der Motive spricht dagegen, dass im Gesetz vom Jahre 1856 etwa ein der Städteordnung vom Jahre 1853 entgegengesetztes Prinzip bezüglich der Vertretungsbefugnis des Gemeindevorstehers für die Gemeinden hat statuiert werden sollen.

Einer verschiedenen Auslegung der zitierten Bestimmungen der Landgemeinde- und Städteordnung ist aber vor allem entgegenzuhalten, dass beide Ordnungen bezüglich des materiellen Inhalts der zitierten Vorschriften in ihrem Wortlaut übereinstimmen, nach der Städteordnung der Magistrat die Stadtgemeinde nach aussen vertritt und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen verhandelt nach der Gemeindeordnung der Gemeinde vorsteher. Die Vertretungsbefugnis beider ist mithin eine

---

[14] Siehe die Anmerkung 14 auf voriger Seite.

gleiche. Ueber ihren Umfang ist weder in der Städteordnung noch in der Landgemeindeordnung eine allgemeine Bestimmung getroffen, sie ist daher nur auf die Geschäfte auszudehnen, die beiden Organen besonders anvertraut sind. Wenn dann beide Gesetze ausser diesem materiellen Inhalt noch über Urkunden der Gemeinden Vorschriften treffen, so werden damit nur diese geregelt, nicht aber die Vertretungsbefugnisse. Die Städteordnung gibt dem Magistrat das Recht, die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen, d. h. die Urkunden, in denen die Beschlüsse der Gemeindevertretung gefasst sind. Weiter spricht sie nur von den Ausfertigungen der Gemeindeurkunden und bestimmt, dass, wenn in diesen eine Verpflichtung der Stadt übernommen wird, noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen muss. Einmal handelt es sich mithin nur um Verpflichtungen der Stadt, die in Urkunden übernommen werden und dann um Ausfertigungen dieser Urkunden. Die Vorschrift ändert daran nichts, dass für Gemeindeurkunden in der Urschrift die für ihre Gültigkeit getroffenen Bestimmungen bestehen bleiben und ihnen ein Beschluss der Stadtverordneten-Versammlung, möge er mündlich gefasst sein oder schriftlich fixiert sein, zugrunde liegen muss. Auch die Landgemeindeordnung trifft nur Bestimmungen über Urkunden, die über Rechtsgeschäfte aufgenommen sind, welche die Gemeinde Dritten gegenüber verbinden sollen, handelt mithin nur von der Form der urkundlichen Uebernahme von Verpflichtungen. Aus allen diesen Gründen ist es nicht angängig, in den Worten: „Unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses" ein für die Landgemeindeordnung entgegengesetztes Prinzip bezüglich der Vertretungsmacht der Gemeindevorsteher ableiten zu wollen.

Beide Vorschriften wollen ihrem formellen Inhalt nach nur die schriftlichen Willenserklärungen der Gemeinden nach aussen hin durch besondere Form kenntlich machen und, wenn die Landgemeindeordnung noch die Anführung des Gemeindebe-

schlusses erfordert, so ist dem keine prinzipielle Bedeutung beizulegen.

Man muss daher auf Grund des materiellen Inhalts sowie der Entstehungsgeschichte beider Vorschriften zu dem Schluss gelangen, dass dem Magistrat in der Städteordnung wie dem Gemeindevorsteher in der Landgemeindeordnung mit der Vorschrift, dass beide die Gemeinden nach aussen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln haben, keine unbeschränkte Vertretungsbefugnis eingeräumt werden sollte.

Einen entgegengesetzten Standpunkt nimmt allerdings die neuere Rechtssprechung und Literatur [16] ein. Die früher herrschende Rechtsansicht, welche in der Landgemeindeordnung und der Städteordnung ein entgegengesetztes Prinzip statuiert sah, ist zwar aufgegeben. Man leitet aber aus den in beiden Ordnungen übereinstimmenden Sätzen den Rechtsgrundsatz ab, dass nicht nur der Magistrat, sondern auch der Gemeinde*vorsteher*(!) mit unbeschränkter und unbeschränkbarer Vertretungsbefugnis ausgestattet ist. Das Reichsgericht hat in seinem Urteil ausdrücklich betont, dass auch für die Landgemeindeordnung die Vorschriften über die Notwendigkeit der Gemeindebeschlüsse — §§ 102 ff. der Landgemeindeordnung — nur das interne Verhältnis der Gemeinden zu den Vorstehern treffen *und die Verantwortlichkeit der Gemeindevorsteher für die Ueberschreitung ihrer selbständigen Kompetenz*, dass nach aussen dagegen der Gemeindevorsteher die Gemeinde unbeschränkt vertritt ohne Rücksicht darauf, ob er innerhalb seiner materiellen Zuständigkeit handelt.

Diese Ansicht erscheint jedoch auch abgesehen davon, dass sie im Gesetz keinerlei Stütze findet, aus folgendem bedenklich. Nach ihr kann der Gemeindevorsteher die Gemeinde in mündlicher Form gültig verpflichten, er kann Darlehen für die Gemeinde aufnehmen, Wechselverbindlichkeiten für sie eingehen u.s.w.

---

[16] RG. Bd. 50 S. 23, 27. KEIL, Landgemeindeordnung S. 244, 267.

Er hat mithin eine fast grössere Geschäftsgewalt als die Gemeindevertretung. Zudem würde man dem Gesetzgeber unterstellen müssen, dass er bei Abfassung der Städteordnung die unbeschränkte Vertretungsbefugnis nur einem Kollegium, dem Magistrat, zugebilligt hätte, das regelmässig aus Männern bestehen dürfte, an deren Umsicht und Geschäftsgewandtheit grössere Anforderungen gestellt worden, wie bei Gemeinden, während bei diesen der Gesetzgeber das Wohl und Wehe der Gemeinde schon in die Hände eines einzelnen, des Gemeindevorstehers, gelegt hätte, an den im allgemeinen, insbesondere bei kleinen Gemeinden, nicht derartige Massstäbe bezüglich seiner geschäftlichen Erfahrung wie an die Magistratsmitglieder gestellt werden dürften. Auch diese Erwägung kann nicht geeignet erscheinen, für die Ansicht des Reichsgerichts zu sprechen.

Soweit die Literatur sich mit der Frage beschäftigt, nimmt sie die Entscheidung des Oberhandelsgerichts ohne jede weitere Untersuchung als einen feststehenden Rechtsgrundsatz auf[17]. Folgt man der herrschenden Ansicht, so würde mithin die Gemeinde Kompetenzüberschreitungen des Magistrats und des Gemeindevorstehers schutzlos gegenüberstehen. Sie könnte dem Dritten gegenüber einen Einwand daraus nicht herleiten, dass ein Beschluss der zuständigen Vertretung nicht vorliege, sondern immer nur an dem Magistrat bezw. dem Gemeindevorsteher Regress nehmen. Ein Schutz gegen Kompetenzüberschreitungen könnten den Gemeinden auch nicht die Formvorschriften über Urkunden bieten, denn diese beziehen sich nicht auf mündlich abgeschlossene Rechtsgeschäfte. Demgegenüber wäre der Schutz des gutgläubigen Dritten ins Masslose ausgedehnt. Er brauchte sich nur auf die mündliche Erklärung des Magistrats oder des Gemeindevorstehers zu verlassen, diese würde allein schon genügen, eine Verbindlichkeit der Stadt und Landgemeinde zu begründen.

---

[17] So Ledermann, Städteordnung, Berlin 1902, Oertel, Städteordnung, Liegnitz 1905. Auch Gruchot Bd. 26 S. 1078.

Folgt man dagegen der hier vertretenen Ansicht, so sind die Gemeinden jederzeit gegen Kompetenzüberschreitungen des Magistrats und des Gemeindevorstehers geschützt. Sie können dem Dritten entgegensetzen, dass sie ihre Zustimmung zur Eingehung der Verpflichtung nicht gegeben haben. Würde dem Dritten dadurch ein Schaden entstanden sein, dass er allein auf die Erklärung des Magistrats bezw. des Gemeindevorstehers vertraute, so könnte er sich nur an diese wenden. Mit Recht wird es als eine staatsbürgerliche Pflicht hingestellt, die Gemeindeordnungen des eigenen Landes zu kennen [18]. Auch das bürgerliche Recht [18a] macht die Gemeinde als juristische Person nur insoweit für einen Schaden mit verantwortlich, als ihn der Vorsteher bezw. Magistrat durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen einem Dritten zugefügt hat, nicht jedoch, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig seine Befugnisse überschritten hat. §§ 31, 89 BGB. Den Grundsatz, dass die juristische Person aus Verträgen ihrer Beamten nicht haftet, wenn diese den ihnen angewiesenen Geschäftskreis überschritten haben, hat aber das Reichsgericht auch schon vor Geltung des neuen Rechts wiederholt anerkannt, insbesondere in einem Urteil vom 2. Juni 1885 [19]:

---

[18] Meier a. a. O. S. 49.

[18a] cf. §§ 31, 89 BGB. Art. 77 EGBGB. lässt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates u. s. w. nur insoweit in Geltung, als der Schaden durch die Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügt ist. cf. ALR. II 15 §§ 12 ff., auch Gruchot Bd. 48 S. 1057.

[19] Seuffert Archiv Bd. 40 S. 391. Gruchot Bd. 18 S. 782. Dieses Urteil würde den aus dem Urteil RG. Bd 50 S. 23 gezogenen Konsequenzen widersprechen. cf. auch RG. Bd. 34. S. 295 ff. und Gruchot Bd. 44 S. 933. Auch Dernburg will der Korporation nur zurechnen, was ihre Organe innerhalb ihres Amtskreises tun und lassen. Preuss. Pr. Bd. I § 53, 16. Jedoch spricht er sich nicht darüber aus, ob die Korporation auch zu haften hat, wenn die Organe unter Ueberschreitung ihrer Befugnisse Schaden anrichten. Loening, Haftung des Staats S. 54/55 sagt: Die von dem Vertreter verur-

Dem Kläger war von den Marschhauptleuten, ständigen Vertretern der beklagten Marschkommune, welche zugleich einen Wegedistrikt bildete, die Herstellung der Erd- und Planierungsarbeiten an einer zu erbauenden Chaussee von W. nach B., soweit diese im Kreise St. gelegen, übertragen worden. Kläger hat die Arbeiten hergestellt und dafür den vereinbarten Preis von der Beklagten insoweit ausgezahlt erhalten, als derselbe für Arbeiten innerhalb des beklagten Wegedistrikts liquidiert wurde; dagegen verweigerte die Beklagte die Zahlung des Preises für die Chausseestrecke innerhalb der von der beklagten Kommune enklavierten, jedoch selbständigen Stadt W., obgleich auch diese Stadt zum Kreise St. gehörte und dem Kläger auch die Herstellung dieser Strecke von den Marschhauptleuten übertragen worden war. Die Beklagte wendete gegen die Zahlung ein, dass die Marschhauptleute in dieser Beziehung ihre Zuständigkeiten überschritten hätten. Das Urteil führt aus, dass die Grenzen der Vertretungsbefugnisse in Ermanglung positiver Bestimmungen sich nach dem Zweck der juristischen Person bestimmen müssen, und dass die Vertreter eines Kommunalwegeverbandes nach dem Zweck, zu welchem dieser gebildet sei, und der Aufgabe, welche er zu erfüllen habe, kraft ihres Amtes nur hinsichtlich solcher Wege vertragsmässig für die Kommune bindende Verpflichtungen übernehmen könnten, welche innerhalb des Wegeverbands belegen seien, weil ihr Geschäftskreis nicht weiter reiche. „Stand ihnen objektiv die Befugnis nicht zu, auch bezüglich der ausserhalb des Wegedistrikts belegenen Wege Verträge zu schliessen und dadurch den Distrikt zu verpflichten, so ist es auch für die Verpflichtung der Kommune gleichgültig, ob der dritte Kontrahent

sachte Vermögensbeschädigung kann eine Wirkung für die juristische Person überhaupt nur dann ausüben, wenn der Vertreter in seiner Eigenschaft als Vertreter gehandelt hat, d. h., wenn diejenige Handlung oder Unterlassung, bei deren Begehung er den Schaden zufügt, im Bereich seiner Vollmacht gelegen hat. Ebenso OLG. Rspr. Bd. 9 S. 22.

mehr oder weniger guten Grund hatte, die Bevollmächtigten zum Abschluss des Vertrages für befugt zu halten. Dieser Umstand ist für die Frage, ob der Vertretene durch eine solche Ueberschreitung seines Vertreters haftbar wird, ohne Einfluss. Der Dritte darf sich bei dem Vertreter einer Kommune nur darauf verlassen, dass dieser innerhalb des Geschäftskreises, welcher ihm durch Gesetz Statut oder Zweck des Kommunalverbandes angewiesen ist, zur Vertretung der Kommune befugt ist.“ „Daraus folgt aber nur, dass, wenn in einem konkreten Fall einem an sich berechtigten Vertreter durch einen dem dritten Kontrahenten nicht mitgeteilten Beschluss der Kommune bestimmte Beschränkungen auferlegt sind, die Kommune sich dem Dritten gegenüber nicht auf diese heimlichen Beschränkungen der Befugnisse berufen kann; nicht aber folgt daraus, dass die Kommune auch durch Handlungen ihrer Vertreter verpflichtet wird, welche ausserhalb des ihnen überwiesenen Geschäftskreises liegen.“ —

Damit ist ausdrücklich der Satz aufgestellt, dass juristische Personen aus Verträgen ihrer Beamten nicht haften, wenn diese den ihnen angewiesenen Geschäftskreis überschritten haben.

Der Dritte kann mithin auf eine mündliche Erklärung des Magistrats oder des Gemeindevorstehers allein nicht bauen, sondern wird sich immer über das Vorhandensein eines dieser Erklärung zugrunde liegenden Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung bezw. der Gemeindevertretung unterrichten müssen. Allerdings wird ihm das Vorhandensein eines solchen Beschlusses genügen können. Stellt sich nachträglich heraus, dass dieser Beschluss formell ungültig war, so wird der Einwand der Ungültigkeit dem Dritten nicht schaden können, denn von ihm die Prüfung auch noch über das Zustandekommen des Gemeindebeschlusses zu erfordern, wäre zu viel. Ihm muss das Vorhandensein eines Beschlusses genügen.

Würde man jedoch von der Statuierung einer unbeschränkten

Vertretungsbefugnis ausgehen, so könnte bei der Vertretung von einer Kompetenzüberschreitung des Magistrats bezw. des Gemeindevorstehers eigentlich garnicht die Rede sein. Denn seine Kompetenz wäre unbeschränkt. Die Stadt bezw. die Gemeinde würde also durch seine Handlung, selbst wenn sie dem Willen der Stadtverordnetenversammlung nicht entsprechen würde, trotzdem verpflichtet. Mit den zitierten Gesetzesvorschriften ist aber nichts anderes gemeint, als dass der Magistrat bezw. der Gemeindevorsteher die gefassten Beschlüsse der Vertretungen nach aussen hin kundzutun und für ihre Ausführung zu sorgen hat. Wenn dem Magistrat weiter das Recht und die Pflicht obliegt, die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen, so bezieht sich das allerdings nur auf ein „internum der städtischen Verwaltung“ und bestimmt nicht die Form und den Inhalt eines Schriftstücks, welches vom Magistrat in Vertretung der Gemeinde einem Dritten zugestellt wird [20].

Die beiden Gesetze stimmen insoweit überein, als sie nur Bestimmungen über die urkundliche Uebernahme von Verpflichtungen seitens der Gemeinden treffen und unterscheiden sich nur insoweit, als die Städteordnung von den Ausfertigungen der Urkunden — während die Gemeindeordnung von Urkunden überhaupt handelt und insoweit, als die Gemeindeordnung für die Urkunden die Untersieglung und die Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses fordert. Beide Gesetze verlangen, sofern dies nötig, die Beifügung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde in beglaubigter Form. Wenn die Städteordnung von Urkunden spricht, in denen Verpflichtungen der Gemeinde übernommen werden, während die Gemeindeordnung von solchen spricht, welche die Gemeinde verbinden sollen, so soll wohl mit diesem verschiedenen Wortlaut dasselbe gesagt sein.

Der Zweck der Formvorschriften kann, wie S. 238 erwähnt, nur sein, die Willenserklärungen der Gemeinden, wenn sie schrift-

---

[20] Oertel, Städteordnung a. a. O.

lich fixiert werden, auch äusserlich als publizistische Akte erkennbar zu machen. Die Vorschriften beziehen sich nur auf die in Urkunden enthaltenen Verpflichtungen [21], schon aus diesem Grunde können sie gar nicht die Handlungsfähigkeit der Gemeinde oder ihrer gesetzlichen Vertreter beschränken wollen [22]. Diese brauchte nach der hier vertretenen Ansicht auch gar nicht beschränkt zu werden, da sie an sich nicht unbeschränkt ist, sondern genau auf die §§ 56 StO. und 88 LGO. begrenzt ist. Sie können aber auch nicht den Zweck verfolgen, die Gemeinden, wie angenommen worden ist [23], gegen Kompetenzüberschreitungen zu schützen. Denn die Gemeinden sind, wie oben S. 241 ausgeführt, schon an und für sich gegen Kompetenzüberschreitungen geschützt und die Formvorschriften wären, wenn die Gemeinden nicht geschützt wären, auch nicht geeignet, diesen Zweck zu erreichen, da sie sich über mündlich abgeschlossene Rechtsgeschäfte gar nicht verhalten. Die Formvorschriften sind vielmehr nur insoweit von Bedeutung, als der dritte Kontrahent aus den Urkunden für sich Rechte herleiten will. Dies kann er nur, wenn die Urkunden den Formerfordernissen genügen. Entspricht jedoch eine Urkunde auch nur in einem Erfordernis nicht den §§ 56 StO. bezw. 88 LGO., so wird der Dritte Rechte aus ihr nicht herleiten können. Die Beobachtung der Form ist jedoch nur für die Rechtsverbindlichkeit der über das Rechtsgeschäft ausgestellten Urkunden von Bedeutung, nicht für die Rechtsverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts selbst [24]. Denn nicht für das Rechtsgeschäft wird eine Form vorgeschrieben, sondern nur für die über das Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde. Irrig wäre daher die Ansicht, dass in Er-

[21] RG. Bd. 31 S. 322.

[22] RG. Bd. 50 S. 27.

[23] Keil, LGO. S. 246, Anm. 31.

[24] Wenn RG. Bd. 31 S. 327 von der formlosen Genehmigung eines formungültigen Rechtsgeschäfts spricht, so hat es sich in diesem Falle um ein Rechtsgeschäft über Grundstücke gehandelt, das seinerseits bereits nach bürgerl. Recht einer bestimmten Form bedurfte.

manglung der Form auch der zu Grunde liegende Rechtsakt nichtig sei. Der Grundsatz des § 125 BGB., dass ein Rechtsgeschäft in Ermanglung der für dasselbe durch Gesetz vorgeschriebenen Form nichtig sei, kann mithin keine Anwendung finden. Der Dritte ist, trotzdem er aus der Urkunde Rechte nicht herleiten kann, demungeachtet wohl in der Lage, den Nachweis zu führen, dass der schriftliche Vertrag nur eine Bestätigung der mündlich bereits getroffenen Vereinbarung ist oder nachträglich von der Stadtverordneten-Versammlung oder Gemeindevertretung genehmigt worden ist. Allerdings stützt sich dann der Dritte nicht auf die Urkunden, sondern auf die mündliche Bestätigung bezw. Genehmigung. Dabei handelt es sich auch nicht um die Heilung eines formungültig abgeschlossenen Geschäfts, denn das Geschäft selbst ist gültig abgeschlossen und nur die Urkunde ermangelt der Formerfordernisse.

Oben S. 243 ist gesagt, dass für den dritten Kontrahenten das Vorhandensein eines Beschlusses erforderlich, aber auch genügend sein muss. Es braucht der Dritte nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn es sich nachträglich herausstellen sollte, dass der Beschluss ungültig war. Dies hat das Oberverwaltungsgericht als Grundsatz aufgestellt [25]:

In der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts hatte der Gemeindevorsteher auf Grund von Gemeindebeschlüssen unter Mitwirkung der Schöffen einen Vertrag vollzogen und ausgeführt, in welchem die Landgemeinde gegenüber einem Dritten bestimmte Verpflichtungen eingegangen war. Die Gemeindevertretung hatte durch die dem Vertrage zu Grunde liegenden Gemeindebeschlüsse nicht ihrerseits den streitigen Vertrag namens der Gemeinde abgeschlossen, sondern in einem Gemeindebeschlusse nur den Gemeindevorstand ermächtigt, seinerseits namens der Gemeinde den Vertrag mit dem Dritten abzuschliessen. Die dem Vertrage zu Grunde liegenden Gemeindebeschlüsse waren durch die vom Ge-

[25] Entsch. OVG. Bd. 27 S. 88 ff. S. 91.

meindevorstand bewirkte Vollziehung der Vertragsurkunde und deren Genehmigung von Seiten des Kreisausschusses ausgeführt worden und nun sagt die Entscheidung:

„Damit, mit der formellen Begründung eines Vertragsverhältnisses zwischen der Gemeinde und dem Dritten, sind die rechtlichen Wirkungen jener Beschlüsse (d. h. der dem Vertragsverhältnis zu Grunde liegenden Beschlüsse der Gemeindevertretung) völlig erschöpft.“ „Und jede Entscheidung darüber, ob und welche rechtlichen Wirkungen der formell geschlossene Vertrag (d. h. der den Beschlüssen der Gemeindevertretung folgende, zwischen Gemeindevorstand und Dritten geschlossene Vertrag) hervorbringt, setzt zwar die Prüfung des zu dieser Entscheidung Berufenen auch darüber voraus, ob der Wille der Gemeinde seitens ihres Vertreters (des Gemeindevorstandes) gültig erklärt ist, sie bleibt aber unabhängig davon, ob die den formellen Abschluss vorbereitenden oder begleitenden Beschlüsse der Gemeindevertretung bereits anderweit seitens der Gemeinde oder seitens ihrer Aufsichtsbehörde als gültig oder als ungültig anerkannt sind. Dies umsomehr, als nach feststehender Rechtssprechung der von dem Gemeindevorstand namens der Gemeinde mit einem Dritten geschlossene Vertrag voll wirksam bleibt, auch wenn der ihn vorbereitende Beschluss der Gemeindevertretung formell ungültig war . . .“ Wenn die Entscheidung sagt, dass die Frage der Rechtsverbindlichkeit einer vom Gemeindevorstand aufgesetzten Vertragsurkunde von der Frage unabhängig ist, ob ein gültiger Gemeindebeschluss der Gemeindevertretung der Vertragsurkunde zu Grunde liegt, so unterstellt sie, dass ein formell gültiger Verpflichtungsvertrag zwischen dem Gemeindevorstand und dem Dritten den ihm vorhergehenden Gemeindebeschlüssen überhaupt gefolgt und die Urkunde über den Vertrag formgültig vollzogen ist. Denn sie sagt ausdrücklich, dass ihrer Entscheidung eine Prüfung darüber vorauszugehen hat, ob der Wille der Gemeinde seitens ihrer Vertreter (des Gemeindevorstandes) dem

Dritten gegenüber auch gültig erklärt war. Dass dies in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Rechtsstreit der Fall war, geht aus den Worten hervor, dass der Vertrag von dem Gemeindevorsteher und den Schöffen vollzogen worden, von Seiten des Kreisausschusses auch genehmigt worden ist und damit eine formell gültige Vertragsurkunde über das zwischen der Gemeinde und dem Dritten bestehende Vertragsverhältnis aufgesetzt ist. Es ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, dass die Vollziehung entsprechend § 88 Z. 8 LGO. erfolgt ist, doch ist nach dem Wortlaut daran nicht zu zweifeln. Unter Zugrundelegung eines gültig abgeschlossenen Verpflichtungsvertrages zwischen der Gemeinde, vertreten durch ihren Vorstand, und einem Dritten und einer über diesen Vertrag formgültig aufgesetzten Vertragsausfertigung ist nun allerdings mit ständiger Praxis anzunehmen, dass ein solcher Vertrag (!) auch gültig bleibt, wenn der ihn vorbereitende Beschluss der Gemeindevertretung ungültig war.

Diese Entscheidung ist insoweit auch nur recht und billig. Sie verfolgt den Schutz des gutgläubigen Dritten. Der Dritte ist nicht in der Lage nachzuprüfen, ob der der Vertragsurkunde zu Grunde liegende Gemeindebeschluss auch formell gültig war, denn ihm sind die Unterlagen der Prüfung entzogen. Wenn das Gericht dann aber fortfährt, dass der vom Gemeindevorstand namens der Gemeinde mit einem Dritten geschlossene Vertrag auch vollwirksam bleibe, „wenn der Vorstand versehentlich ohne jeden Gemeindebeschluss gehandelt hatte“ [25a], so kann dem nicht beigetreten werden. Lag kein Gemeindebeschluss vor, dann handelte der Gemeindevorstand wiederum nicht innerhalb seiner Kompetenzen, die Gemeinde wurde daher nicht verpflichtet. Aber auch aus einem anderen Grunde ist diese Ansicht abwegig. Nach § 88 LGO. muss in der Urkunde, die über den Verpflichtungsvertrag zwischen dem Gemeindevorstand und dem Dritten aufgenommen ist, der ihr zu Grunde liegende Gemeindebeschluss

[25a] l. c. S. 91.

angeführt werden. Wenn der Gemeindevorstand nun versehentlich ohne jeden Gemeindebeschluss gehandelt hatte, so konnte er solchen auch nicht in der Vertragsurkunde anführen. Mit der Unterlassung der Anführung ist aber wiederum die Formvorschrift des § 88 LGO. verletzt und der dritte Kontrahent wenigstens soweit nicht in der Lage, aus der Vertragsurkunde Rechte für sich herzuleiten. Der Dritte kann sich mithin in dem Fall, dass der Vorstand versehentlich ohne jeden Gemeindebeschluss handelte, nur an diesen halten. Die Gemeinde wird nicht verpflichtet. Ebenso würde es sein, wenn der Gemeindevorsteher, ohne dass ein Gemeindebeschluss vorlag, versehentlich oder vorsätzlich einen anderen Gemeindebeschluss im Vertrage erwähnt hätte. Auch hier lag eine Kompetenzüberschreitung vor und es wäre Pflicht des Dritten gewesen, sich über das Vorhandensein eines Gemeindebeschlusses zu unterrichten.

Die gleichen Grundsätze müssen für die Städteordnung gelten, wenn auch hier das weitere Erfordernis der Anführung eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung entfällt. Wenn der Magistrat ohne Beschluss der Stadtverordneten handelt, so überschreitet er seine Kompetenz und aus Kompetenzüberschreitungen kann die Stadt, selbst wenn eine formell gültige Vertragsurkunde nach aussen hin vorliegt, nicht in Anspruch genommen werden.

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts findet aber auch, insoweit sie besagt, dass ein Gemeindevertrag vollwirksam bleibe, wenn der Vorstand versehentlich ohne jeden Gemeindebeschluss gehandelt hatte, in der von ihr zitierten Entscheidung[26] keine Stütze. Bei diesem im Jahre 1855 ergangenen Urteil handelt es sich um den Rechtsstreit zwischen zwei Stadtgemeinden. Die Stadt St. hat einen Ortsarmen während seiner Krankheit verpflegt und in einem Vorprozess gegen die Stadtgemeinde G., die

---

[26] Striethorst, Arch. Bd. 17 S. 317.

nach dem Gesetz vom 21. Dezember 1842 zur Verpflegung des Armen verpflichtet gewesen wäre, mit ihrer Klage auf Ersatz der Verpflegungskosten ein obsiegendes Urteil erstritten. In dem zur Entscheidung vorliegenden Rechtsfall verlangt nun die Stadt G. von der Stadt St. mit der condictio sine causa denjenigen Betrag zurück, dessen Aufwendung vermieden worden wäre, wenn die Stadt St. ihr Nachricht gegeben hätte und sie dadurch in die Lage gekommen wäre, für die Ueberführung des Kranken zu sorgen, der Kranke folgeweise in der Stadt G. hätte verpflegt werden können, wo die Verpflegung sich um den in der Klage zurückverlangten Betrag billiger gestaltet hätte. Die Entscheidung gibt der Klage mit der Begründung statt, dass die Stadt St. für die Versehen ihrer Beamten, die darin bestanden, dass sie der Stadt G. keine Nachricht gaben, zu haften habe. In dem Rechtsfall handelt es sich aber wahrscheinlich um Versehen der verfassungsmässig berufenen Vertreter der Stadt St. in Ausführung der ihnen obliegenden Verrichtungen, für die die Stadt St. aufzukommen hat. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern diese vom Oberverwaltungsgericht zitierte Entscheidung für die Behauptung dieses Gerichts sprechen kann, dass ein Gemeindevertrag vollwirksam bleibt, auch wenn der Gemeindevorstand versehentlich ohne jeden Beschluss gehandelt hatte, d. h. dass die Gemeinde auch für Kompetenzüberschreitungen ihrer Vertreter zu haften habe. In dem Urteil ist mit keinem Wort erwähnt, dass die städtischen Beamten von St. ihre Kompetenzen überschritten haben.

Die Formvorschriften der Städte- und Landgemeindeordnung über die Form urkundlicher Verpflichtungen der Gemeinden sind zwingender Natur. Insoweit daher ein Dritter aus den Urkunden Rechte herleiten will, müssen diese den Formerfordernissen entsprechen, widrigenfalls der Dritte das Zustandekommen des Vertrages anderweit erweisen muss. Fehlt einer Vertragsurkunde, in der die Gemeinden Verpflichtungen eingehen, die Anführung des Gemeindebeschlusses oder die Untersieglung oder die Unter-

schrift eines Schöffen oder des Gemeindevorstehers, so kann man die Urkunde nicht als rechtsverbindlich anerkennen. Die Gemeinde wird daher, wenn nicht anderweit ihre Genehmigung nachgewiesen werden kann, jedenfalls aus den Urkunden nicht in Anspruch genommen werden können. Der Einwand der mangelnden Rechtsverbindlichkeit ist aber nicht nur der Gemeinde, sondern auch dem Dritten gegeben, das hat das Reichsgericht ausdrücklich anerkannt [27]. Von diesen Grundsätzen für wechselmässige Verpflichtungen der Gemeinde eine Ausnahme zu machen, wie es das Reichsgericht tut, liegt kein Anlass vor [28]. Die Vorschriften der Gemeindeordnungen sind ganz allgemein für Urkunden der Gemeinden gegeben, in denen diese Dritten gegenüber Verpflichtungen eingehen. Sie werden durch die in der Wechselordnung gegebenen Vorschriften nicht berührt. Das Privatrecht kann nur soweit für eine Materie des öffentlichen Rechts Geltung haben, soweit diese nicht durch das öffentliche Recht selbst ausschliesslich geregelt wird. Hier sind aber im öffentlichen Recht die Formerfordernisse bestimmt und daher ist für die Anwendung abweichender privatrechtlicher Normen kein Raum.

Die Formvorschriften der Gemeindeordnung können, wie wir gesehen, nicht dazu dienen, den Gemeinden die Einrede abzuschneiden, dass ein Beschluss der Gemeindevertretung bezw. der Stadtverordnetenversammlung fehlt. Der Ansicht, dass dem Mitkontrahenten die ordnungsmässig ausgeführten und vollzogenen Schriftstücke genügen können und dass es ihm gleichgültig sein kann, ob die von der Urkunde angeführten Beschlüsse und Erklärungen an sich existieren [29], kann nicht beigetreten werden, und dies, weil die Gemeinden dann Kompetenzüberschreitungen der Magistrate bezw. Gemeindevorsteher schutzlos ausgesetzt wären. Der Dritte hat sich mithin in jedem Fall über das Vorliegen

---

[27] RG. Bd. 31 S. 326.
[28] Entgegengesetzt RG. Bd. 50 S. 23.
[29] Entgegengesetzt KEIL a. a. O. S. 246.

eines Beschlusses der Vertretungen zu unterrichten. Auch sind die Gemeinden durch die Formvorschriften vor einer Inanspruchnahme aus nicht formgültig beurkundeten Verpflichtungen geschützt [30]. Dagegen kann die Gemeinde Dritten nicht den Einwand entgegensetzen, dass sie nicht gebunden sei, weil der einmal gefasste Beschluss der Gemeindevertretung sich nachträglich als ungültig herausgestellt habe. Insoweit wird also der gute Glaube des Dritten geschützt.

Dieser Schutz des gutgläubigen Dritten wird aber nur soweit auszudehnen sein, als dem Dritten die Prüfung, ob der Gemeindevorsteher bezw. der Magistrat innerhalb seiner Kompetenz handelt und ob ein gültiger Vertrag vorliegt, überhaupt möglich ist. Diese Prüfung ist dem Dritten nicht möglich, soweit es auf die Gültigkeit des dem Verpflichtungsvertrage zu Grunde liegenden Gemeindebeschlusses ankommt, oder sofern in einem bestimmten Fall dem Magistrat bezw. dem Gemeindevorsteher die Befugnis, die Beschlüsse der Gemeindevertretung auszuführen, entzogen ist, oder derselbe vorläufig seines Amtes suspendiert ist. Auf diese Fälle ist daher der Schutz des guten Glaubens des Dritten auszudehnen. Die Prüfung ist dem Dritten aber wohl möglich, soweit es auf das Vorhandensein des Gemeindebeschlusses sowie beim Vorliegen einer Vertragsurkunde auf die Wahrung der für diese gegebenen Formvorschriften ankommt. Sache des Dritten ist es, sich über diese Erfordernisse zu unterrichten, bevor er mit einer Stadt- oder Landgemeinde einen Vertrag abschliesst.

Der Wille einer Gemeinde kann nun Dritten gegenüber nicht nur in einer Urkunde, die von dem Magistrat oder Gemeindevorsteher aufgesetzt ist, sondern auch in anderer Weise zur Kenntnis gelangen. Allerdings wird eine Stadtgemeinde nicht schon durch den übereinstimmenden Beschluss des Magistrats und der Stadtverordneten gebunden [31]; denn dieser Beschluss kann vor

---

[30] RG. Bd. 31 S. 326.
[31] RG Bd. 31 S. 325.

seiner Ausführung, d. h. seiner Erklärung an den Dritten, ebenso beliebig geändert werden, wie der noch nicht erklärte Entschluss einer physischen Person. Auch das Reichsgericht erkennt die Möglichkeit an, dass die Stadt, nachdem bereits Magistrat und die Stadtverordneten übereinstimmende Beschlüsse gefasst haben, trotzdem noch beschliessen kann, sich in anderer Form als in Urkunden binden zu wollen, z. B. durch eine Ermächtigung des Bürgermeisters zur Bekanntgabe des Beschlusses der Stadtverordneten an den Gegenkontrahenten [32] oder zum Vertragsschlusse selbst. Der Magistrat bezw. der Gemeindevorsteher ist mithin jederzeit in der Lage, im Einverständnis mit der Gemeindevertretung verpflichtende Erklärungen gegenüber Dritten auch mündlich abzugeben [33].

---

[32] Ibid. S. 327: Auf der einen Seite spricht also das Reichsgericht dem Bürgermeister die Befugnis ab, die Beschlüsse der Stadtverordneten ohne Ermächtigung mit bindender Kraft Dritten bekannt zu geben, auf der anderen Seite legt es dem Gemeindevorsteher (auch Einzelperson) die umfassendsten Befugnisse bei.

[33] § 56 Z. 8 gilt nur für den Fall, dass die urkundliche Bekanntmachung vom Magistrat selbst ausgeht. Dieser kann sich jedoch zur Bekanntmachung auch eines indirekten Verfahrens unter Zuziehung von Mittelspersonen bedienen. Der Akt der Bekanntgabe des Inhalts eines schriftlichen Verpflichtungsvertrags, durch den sich die Bindung des Erklärenden an seine schriftliche Willensäusserung vollzieht, liegt ausserhalb des Bereichs der für die urkundliche Erklärung geltenden Formvorschriften. Urteil des RG. vom 27 5. 08. Gruchot Bd. 47 S. 1123.

Die Kontrolle des Unterhauses über englische Richter.

Von

Rechtsanwalt Dr. C. H. P. INHULSEN, Birkbeck Bank Chambers, Holborn, London WC.

Es sind nicht ganz 40 Jahre verflossen, seitdem das Unterhaus auf eigene Prüfung der Wahlen verzichtete und die Prüfung den höheren Richtern zuwies. Man gelangte 1868 zu der Ueberzeugung, dass eine Wahlprüfung durch eine Unterhauskommission ein Possenspiel sei. Die Kommissionsmitglieder waren sämtlich Parteigänger; die Kommission war derartig zusammengesetzt, dass stets eine der beiden Parteien über eine Majorität in derselben verfügte; sobald die Kommission bestellt war, wusste man, wie die Entscheidung lauten würde. Deshalb verlegte man die Wahlprüfung aus den Räumen der Parteipolitik in die Sitzungsräume der höheren Richter. Man ging dabei offenbar von der Annahme aus, dass die Parteipolitik in einem englischen Gerichtshofe keinen Platz findet, und dass der englische Advokat, mag er die Richterwürde auch zum Teil durch parteipolitische Dienste erlangt haben, mit seiner Erhebung in den Richterstand jede Parteipolitik beiseite legt. Ein 71 Jahre alter Richter, welcher auf eine 20jährige richterliche Tätigkeit zurückblickt, das Senior-Mitglied des hohen Gerichtshofes, hat jetzt den Beweis erbracht, dass die Annahme auch in England nicht in allen Fällen zutrifft. Es war das Ver-

halten dieses Richters bei der Prüfung der Unterhauswahlen in Yarmouth, welches den englischen Premierminister veranlasste, auf eine von 347 Unterhausmitgliedern gezeichnete Eingabe, eine eingehende Erörterung des Falles im Unterhause herbeizuführen. Die Erörterung fand am 6. Juli 1906 statt und gab der Regierung Veranlassung, durch den Advokaten der Krone, im Unterhause folgende Erklärungen abzugeben:

„Man ist wohl darüber einig, dass eine Erörterung dieses Falles gerechtfertigt ist. Die fragliche Wahlprüfung hat in weiten Kreisen Interesse erweckt und überall die Befürchtung hervorgerufen, die Lauterkeit der Wahlen im ganzen Königreiche könne durch die bei der Prüfung zum Ausdruck gebrachten Rechtsanschauungen ernstlich gefährdet werden. Man hat die richterliche Unparteilichkeit eines unserer Richter in Frage gezogen und den Angriff mit Gründen belegt. In früheren Zeiten war man der Ansicht, dass solchenfalls im Unterhause eine Kritik im weitesten Umfange mehr als gerechtfertigt sei, und hoffentlich wird man auch in Zukunft an dieser Ansicht festhalten.

Mehrere parlamentarische Autoritäten haben das Einschreiten des Unterhauses gegen Richter sehr eng begrenzt; dieselben sind indessen stets dabei verblieben, dass das Gebiet der Kritik ein unbeschränktes sein muss, und dass das Unterhaus Aeusserungen und Handlungen der Richter nicht minder in Frage ziehen darf, als das Benehmen anderer Diener der Krone.

Als Antrag auf Vornahme einer Untersuchung kann der vorliegende Antrag allerdings nicht gelten; als solcher ist er auch nicht von dem Antragsteller gekennzeichnet worden; letzterer ist ein mit der Verfassung zu gut vertrauter Jurist, um nicht zu wissen, dass dem Unterhause bei Fragen dieser Art kein milderes Verfahren offen steht. Gemeinschaftlich sind wir befugt, die Krone um Absetzung eines Richters zu ersuchen; gegen die Verhängung aller milderen Strafen sprechen indessen die schwerwiegendsten Gründe. Es ist höchst bedenklich, einem Richter eine Rüge zu

erteilen und ihn alsdann im Amte zu belassen, mit anderen Worten, von ihm zu verlangen, dass er durch eine parlamentarische Rüge entehrt die ihm obliegenden, wichtigen Aufgaben noch weiter erledigen solle. Für diesen Satz lassen sich Aeusserungen vieler Unterhausparteiführer während der letzten 3 oder 4 Generationen zitieren, beginnend mit Canning im Jahre 1823 und einschliessend Sir Robert Peel und Gladstone und auf niederer Stufe den verstorbenen Lordoberrichter Coleridge zur Zeit seiner Tätigkeit als Advokat der Krone. Der Satz wird wohl nicht bestritten werden.

Der Antragsteller ging von einem Satze aus, welcher, falls richtig, den Antrag rechtfertigen würde; derselbe erklärte, die von ihm dem Unterhause vorgelegten Gründe, für welche er prima facie Beweise erbrachte, rechtfertigten ein Ersuchen der Krone um Amtsentsetzung des Richters. Der Antragsteller gab zu, dass es sich um den ersten verfassungsmässigen Schritt auf dem mit der Amtsentsetzung endigenden Wege handele. Wir werden uns daher bei der Prüfung des Antrags unsere Verantwortlichkeit zum vollen Bewusstsein bringen müssen; das Unterhaus hat sich klar zu machen, dass es sich nicht um eine öffentlich interessierende Frage handelt, welche weiter untersucht und erörtert werden kann, sondern um einen Antrag, welcher unterstützt oder bekämpft werden muss, je nachdem man annimmt oder nicht annimmt, dass das Verhalten des Richters die schwerste Strafe verdient, mit welcher ein Richter überhaupt belegt werden kann. Im Hinblick hierauf ist es für das Unterhaus von Wichtigkeit, das Normalmass kennen zu lernen, welches dem Verhalten des Richters anzulegen ist. Zur Aufklärung hierüber berufe ich mich auf frühere, angesehene und einflussreiche Parteiführer, welche diesen Punkt erörterten. Durch die ganze Reihe ihrer Aeusserungen über die Voraussetzungen der Strafe zieht sich ein wichtiges Prinzip: dass das Unterhaus die Strafe nur dann verhängt, falls ein Gebrechen moralischer Natur auf Seiten des Richters vorliegt. Das zur Last

gelegte, unrichtige Benehmen muss ein moralisches Element enthalten; fehlt letzteres, so erfordert der Fall nicht die Verhängung der schwersten Strafe, wie sehr auch das Unterhaus das Verhalten des Richters bedauern mag, wie unpassend dasselbe auch erscheint, und wie sehr es auch alle Sätze über Verhalten, Gesinnung und Besonnenheit verletzt.

Für diesen Satz zitiere ich zunächst die Aeusserungen Sir Robert Peels über das Verhalten des irischen Richters Smith, mit welchem sich das Unterhaus zu beschäftigen hatte. Um einen Antrag auf Amtsentsetzung des Richters zu rechtfertigen, erklärte Peel, müsse Verderbtheit, Parteilichkeit und ein beabsichtigtes, moralisches Vergehen vorliegen. Unter Parteilichkeit verstehe ich hier bewusste Parteilichkeit, welche eine gerechte Entscheidung verhindert, eine Parteilichkeit, welche den Richter dazu führt, seiner ehrlichen Ueberzeugung untreu zu werden; gemeint ist ein Fall, wo der Richter wusste, dass die Gerechtigkeit das Beschreiten eines bestimmten Weges forderte, und durch seine politischen Vorurteile beeinflusst in überlegter Weise sich entschloss, einen anderen Weg zu beschreiten. Solchenfalls liegt das moralische Element vor und lässt sich nicht wegstreifen.

Im Abinger-Falle erklärte Lord John Russell 1843, die Unabhängigkeit der Richter sei so heilig, dass nur die zwingendste Notwendigkeit das Unterhaus zum Beschreiten eines Weges veranlassen dürfe, welcher die Unabhängigkeit beeinträchtigen könne. Bei derselben Gelegenheit erklärte eine hervorragende Autorität auf dem Gebiete des Rechts und der Verfassung — Sir James Graham — dass das Unterhaus den gegen den Richter gestellten Antrag nur annehmen dürfe, falls es sich nach Ueberlegung vergewissert habe, dass auf Seiten des Richters eine Schlechtigkeit im Innersten und eine verderbte Absicht hervorgetreten seien, welche zu seiner unrichtigen Entscheidung beitrugen.

Lord Palmerston erklärte 1856, falls das Unterhaus sich zum Revisionsgericht über die Entscheidungen der Richter konstituieren

wolle, werde der Justiz der grösste Schaden zugefügt; dem gewöhnlichsten Menschenverstande müsse es klar sein, dass das Unterhaus sich für eine derartige Funktion absolut nicht eigne. PALMERSTON forderte dann die Zurücknahme des damaligen Antrags mit dem Hinzufügen, Voraussetzung sei eine grobe Rechtsverdrehung infolge Verderbtheit, Absicht oder Unfähigkeit. Unter Unfähigkeit verstand PALMERSTON physische Unfähigkeit, nicht eine blosse Verirrung, nicht einen blossen Irrtum bei Ausübung der richterlichen Funktionen, vielmehr die Unfähigkeit eines solange im Amte verbleibenden Richters, dass derselbe physisch unfähig ist, seine Pflichten zu erfüllen.

Um mit dem heutigen Antrage durchzudringen, ist mithin prima facie eine moralische Pflichtvernachlässigung oder Verkehrtheit des Richters nachzuweisen, oder intellektuelle, so dass Missverhalten im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes vorliegt. Die Anstellung des Richters erfolgt für die Dauer seines guten Betragens. Nur auf dem Wege der Ungültigkeitserklärung seines Richterpatentes kann ein Richter entfernt werden; dies erfordert den Nachweis, dass er sich eines Missverhaltens schuldig gemacht hat, eines Missverhaltens im moralischen Sinne dieses Wortes.

Ist dieser Nachweis hier erbracht worden? Man legt dem Richter Parteilichkeit zur Last; er soll derartig durch den Wunsch, einer der politischen Parteien zu dienen, beeinflusst gewesen sein, dass er diesem Wunsche zu Liebe klare Rechtsvorschriften unbeachtet liess. Wäre dies erwiesen, so würde das Unterhaus keinen Augenblick zögern, dem Antrage stattzugeben. Welche Alternative steht uns indessen offen, wenn der Beweis nicht erbracht ist? Den Weg, welchen GLADSTONE den Weg der milderen Bestrafung durch eine Rüge nannte, können wir nicht beschreiten, das hiesse, den Richter, durch eine Rüge des Unterhauses in seiner richterlichen Tätigkeit gehemmt, in seiner hohen Stellung zu belassen. Es sei denn, dass wir vollständig davon überzeugt sind, dass die Parteilichkeit prima facie nachgewiesen wurde,

verbleibt uns kein anderer Weg, als den Antrag zurückzuweisen, wie abfällig wir auch über den Richter urteilen mögen, und wie bedauerlich uns sein Verhalten erscheinen mag.

Ich gehe nunmehr zu den für den Antrag vorgebrachten Hauptgründen über, und ich werde bei Prüfung derselben den Richter frei und offen kritisieren. Im Hinblick auf meine langjährige, kollegialische Verbindung mit demselben ist dies für mich allerdings recht schwierig. Ich darf indessen vor dieser Aufgabe, welche ich keiner anderen Person überweisen kann, nicht zurückschrecken; ich würde meine Pflicht dem Unterhause gegenüber versäumen, falls ich über die vorliegenden Fragen nicht offen meine Ansicht aussprechen würde.

Man wirft dem Richter zunächst vor, er habe während der Gerichtssitzung seine politischen Anschauungen derartig offen gelegt, dass den Anwesenden sofort klar wurde, auf welcher Seite sich seine politische Sympathie befand. Dass aus seinen Aeusserungen ein derartiger Schluss gezogen werden konnte, lässt sich wohl nicht leugnen. Aeusserungen, welche einen derartigen Schluss gestatten, verletzen die besten Traditionen des englischen Richterstandes. Ein vortrefflicher, hochgelehrter Richter, dessen Anschauungen streng konservative waren — der Lordrichter A. L. Smith — wies in einer Gerichtssitzung mit Entrüstung den Versuch eines Advokaten zurück, die Geschworenen durch eine politische Anspielung zu beeinflussen. „Für Parteipolitik, erklärte Smith, gibt es keinen Platz in einem britischen Gerichtshofe.“ Ein besonders unglücklich gewählter Moment für die Offenlegung politischer Neigungen eines Richters ist jedenfalls die Hauptverhandlung in einem Wahlprüfungsverfahren. Denn, wenn auch diese Neigungen ihn nicht beeinflussten und nicht zu beeinflussen brauchten, so können doch mit dem Richter nicht persönlich bekannte, anwesende Personen zu dem Schlusse gelangen, er sei hinsichtlich politischer Fragen voreingenommen; damit würde das Vertrauen erschüttert werden, welches man allgemein zu seiner

Unparteilichkeit besitzen soll. Es ist von der grössten Wichtigkeit, dass ein Richter nicht bloss unparteiisch ist, sondern auch unparteiisch erscheint. Das Benehmen des hier fraglichen Richters war ein höchst bedauerliches. Gedankenlosigkeit wird wahrscheinlich zu Grunde gelegen haben. Würde der Richter sich klar gemacht haben, zu welchen Schlüssen seine Aeusserungen Veranlassung gaben, so würde er dieselben gewiss unterlassen haben.

Zur weiteren Begründung des Antrags hat man auf mehrere humoristische Bemerkungen des Richters hingewiesen. Es ist sprichwörtlich, dass unter den verschiedenen Klassen von bons mots die richterlichen eine sehr niedrige Stelle einnehmen. Die dem richterlichen Humor entsprühenden Funken gewinnen ungemein durch ihre Fassung und Umgebung; sie kommen aus einer höheren Sphäre und werden von denen, welche gezwungen sind, dieselben anzuhören, hingenommen, genossen und verziehen. Den richterlichen bons mots darf man nicht zu grosse Bedeutung beilegen; die Versuchung ist für den Richter derartig überwältigend, dass er an die Möglichkeit einer ernsthaften Auslegung wohl niemals denkt. Wenn nun auch richterliche bons mots nicht zu scharf kritisiert werden dürfen, so ist es doch sehr zu bedauern, dass in unserem Falle der richterliche Humor eine Neigung zu Gunsten des Beklagten und eine Abneigung gegen den Kläger hervortreten liess.

Gilt es eine populäre Wahl anzufechten, so ist die Durchführung der Klage eine höchst schwierige. Der Beklagte erfreut sich der Sympathie der ganzen Stadt; die Farben seiner Partei füllen den ganzen Gerichtssaal; Damen schauen beifällig lächelnd aus der Gallerie auf die Szene herab. Wenn der Richter derartige Parteikundgebungen nicht in Schranken hält, sondern noch durch Bemerkungen der hier fraglichen Art fördert, entsteht für den Kläger die grösste Schwierigkeit, seine Anfechtungsklage zu begründen und bei der Zeugenvernehmung die Wahrheit festzustellen. Nach einer Mitteilung seitens einer bei der Verhandlung

beteiligten Person soll das bedauerliche Resultat nicht auf die während der Verhandlung gemachten Aeusserungen des Richters zurückzuführen sein. Es ist indessen nicht meine Aufgabe, aus vielen Gesichtspunkten zu bedauernde Aeusserungen, welche ohne Zweifel zu sehr ernsten Schlüssen hinsichtlich der Unabhängigkeit des Richters Veranlassung gaben, zu entschuldigen oder zu verteidigen.

Ich gehe nunmehr zur allerschlimmsten Episode des ganzen Falles über. Der Bürgermeister gab zu Ehren des Richters ein Essen und im Verlaufe desselben hielt der Richter leider eine Rede, welche sich mit der Wahlprüfung befasste. Zur Zeit dieser Rede hatte der Kläger sein Vorbringen noch nicht abgeschlossen; am folgenden Morgen sollte darüber verhandelt werden, welche Schlüsse aus einem früheren, von dem Beklagten gegebenen Essen zu ziehen seien. Dieses letztere Essen war der Hauptanfechtungsgrund, der Charakter desselben musste für die ganze Anfechtungsklage entscheidend sein. Im Verlaufe des Bürgermeisteressens erhob sich der Richter und erwähnte das vom Beklagten gegebene Essen in einer Weise, welche die Behauptungen des Klägers herabsetzte und lächerlich machte. Man hatte das von dem Beklagten gegebene Essen als eine Orgie beschrieben, eine wohl übermässig gefärbte und zu starke Beschreibung. Jeder Anwesende fühlte heraus, dass der Richter andeutete, er habe sich bereits eine Ueberzeugung dahin gebildet, dass die Klage vollständig unbegründet sei, und dass sich für dieselbe recht wenig vorbringen lasse. Wohl kein Unterhausmitglied wird dies zu rechtfertigen versuchen. Niemand wird behaupten, dass dies weise war, dass die Rede nicht unklug war. Indessen gerade die Offenheit, Freimütigkeit und Aufrichtigkeit der Rede beweist, dass der Richter nicht die Absicht hatte, das Beweismaterial zu diskreditieren. Hätte er unter Nichtbeachtung aller für den Kläger sprechenden Erwägungen das Beweismaterial diskreditieren wollen, so würde er gewiss nicht durch unkluge, offene, freiwillige und

unüberlegte Aeusserungen die Grundlage für den ihm heute gemachten Vorwurf gelegt haben. Bei Prüfung der moralischen Bedeutung der Rede ergibt sich aus dem ganzen Verhalten des Richters, dass nicht eine bewusste Parteilichkeit, sondern eine unrichtige Würdigung der Situation zu Grunde lag. Es ist nicht meine Absicht, die Rede hier zu verteidigen. Man wird indessen wohl nicht behaupten, dass die Aeusserungen beabsichtigten, das Resultat zu erzielen, welches der Richter angeblich anstrebte. wenn auch als unüberlegte Aeusserungen dieselben zu verurteilen und zu bedauern sind. Es waren auf ein Essen folgende Aeusserungen. Damit werden dieselben indessen noch nicht gerechtfertigt, obschon man auch hier im Unterhause gelegentlich Entschuldigungen wegen nach einem Essen gehaltener Reden hört. Vielleicht vergass der Richter momentan die zur Zeit seiner Rede vorliegenden Verhältnisse. Das ist gewiss zu bedauern. Ich vermag indessen nicht den Schluss zu ziehen, dass darin ein moralisches Missverhalten liegt. Es ist allerdings höchst wünschenswert, zwecks Nachprüfung von Wahlprüfungsentscheidungen ein Berufungsgericht zu errichten. Das Unterhaus ist indessen kein Gerichtshof oder Berufungsgericht.

Der Richter soll ferner entschieden haben, dass es erlaubt sei, Popularität durch Traktieren zu erwerben; er machte jedoch einen Unterschied zwischen Traktieren, um populär zu werden, und Traktieren, um Wahlstimmen zu gewinnen. Diese Unterscheidung, welche meiner Ansicht nach keine Unterscheidung ist, machte der Richter bei der Wahlprüfung in Bodmin. In Yarmouth nahm der Richter an, dass der Beklagte sein Essen gab, um die Leute kennen zu lernen, von welchen er gewählt zu werden wünschte, mithin um populär zu werden. In Bodmin bedurfte der Kandidat keiner weiteren Popularität; er selbst und seine Familie waren seit langer Zeit ansässig und wohl bekannt. Deshalb zog der Richter im Bodmin-Falle den Schluss, das Essen sei gegeben worden, um Wahlstimmen zu gewinnen, und nicht

bloss, um populär zu werden. Verwandelt sich jede Wirtschaft in ein politisches Trinkgelage, in ein Gebäude, in welchem man rauchend und trinkend Politik erörtert, so lassen sich die Wahlen nicht in lauterer Weise durchführen. Mit der grössten Freimütigkeit und anscheinend im guten Glauben vertritt dieser Richter die entgegengesetzte Ansicht. Er fordert zum Widerspruch heraus, und nachdem sein Kollege auf der Richterbank ihm eine Wagenladung widersprechender Autoritäten vorgelegt hat, wirft er dieselben über den Haufen, weil sie sich mit seiner eigenen Rechtsauffassung nicht vereinigen lassen. Als Grund gibt er an, die bei gewöhnlichen Prozeduren massgebenden Präjudizien fänden bei Wahlprüfungen keine Anwendung; bei letzteren sei der Richter befugt, sich eine eigene Ansicht zu bilden und dieselbe durch Verweis auf eigene parlamentarische Erfahrungen zu begründen. Rechtlich betrachtet ist diese Auffassung eine irrige und bedauerliche. Würde für derartige Fälle ein Berufungsgericht existieren, so würde wohl eine Berufung zu einer Abänderung führen müssen. Die schmerzlichen Resultate einer Revision durch ein höheres Gericht sind keinem Richter besser bekannt, als dem hier fraglichen. Das Unterhaus ist indessen nicht der richtige Ort für die Erledigung dieses Falles. Ein Antrag beim Unterhause würde sich erst rechtfertigen lassen, falls die Anschauungen nicht bloss unkluge und unbesonnene, sondern moralisch verwerfliche wären.

Es ist allerdings nicht leicht, die Yarmouth-Entscheidung mit der Bodmin-Entscheidung zu vereinigen. Es liegen indessen Gründe für die Auffassung vor, dass der Richter gutgläubiger Weise zwischen beiden Fällen unterschied. Mit der Bodmin-Entscheidung werden beide Unterhausparteien einverstanden sein; ein rechtlich unerlaubtes Traktieren wurde nachgewiesen; die Wahl wurde daher mit Recht für ungültig erklärt. Die Yarmouth-Entscheidung wurde auch von dem beisitzenden Richter — einem sehr tüchtigen Richter mit idealen, richterlichen Anschauungen — gebilligt, wenn

auch nicht aus denselben Gründen. Immerhin gelangte auch dieser zweite Richter zu dem Schlusse, dass das Traktieren nicht in verderbter Absicht geschah. Aus der blossen Verschiedenheit der Entscheidungen in den beiden Fällen darf man daher noch keine Folgerungen ziehen. Im Bodwin-Falle drängte sich der in Yarmouth gezogene Schluss dem Gericht weit weniger auf. Es fragte sich nicht, ob ein Traktieren vorlag, welches ohne Zweifel stattgefunden hatte, sondern ob das Traktieren in verderbter Absicht erfolgte. Das Gericht musste die Intention feststellen. Im Yarmouth-Falle wurde viel darüber gestritten, ob das Essen im Hinblick auf Wahlen gegeben wurde. In Uebereinstimmung mit dem Beklagten sagten Zeugen aus, dass man eine Wahl binnen Jahresfrist nicht erwartet habe. Die Zwischenzeit zwischen dem Essen und der Wahl war freilich tatsächlich eine kürzere, als im Bodmin-Falle; die Beweisaufnahme unterstützte indessen nicht die Behauptung, dass das Essen im Hinblick auf die Wahl gegeben sei. Ueber diesen Punkt waren beide Richter einverstanden. Im Bodmin-Falle, in welchem vielleicht der Beklagte weniger geschickt vertreten war, gaben die Zeugen zu, dass ihnen bekannt war, dass eine Wahl bevorstand. Sie wussten dies zur Zeit des Essens; sie vermeinten jedoch, dass die Zwischenzeit eine derartig beträchtliche sein würde, dass die erlaubte Grenze nicht überschritten werde. Auf diesen Aussagen beruhte die Entscheidung. Darüber, ob diese Begründung richtig oder unrichtig war, kann eine Aeusserung des Unterhauses nicht erwartet werden. Meine Parteifreunde werden wohl mit mir die Ansicht vertreten, dass für eine verschiedene Entscheidung in den beiden Fällen kein hinreichender Grund vorlag. Immerhin liegen Momente vor, welche billigerweise zu der Auffassung führen können und in Ermangelung überzeugender Gegenbeweise zu der Auffassung führen müssen, dass die beiden Entscheidungen, wenn auch schwer vereinbar, nicht absolut unvereinbar sind, und dass man nicht zu dem Schlusse gedrängt wird, dass eine unehrliche Gesinnung offen

gelegt ist, oder dass das Recht angewendet wurde, wie es die Erreichung eines bestimmten Zieles forderte.

Ich komme jetzt zu der Frage, welche, wie ich den Antrag verstehe, von dem Unterhause entschieden werden soll. Es handelt sich weder um die Einleitung einer Untersuchung, noch um die Erteilung einer Rüge; einen Mittelweg hat das Unterhaus nicht zu prüfen; entweder muss dasselbe den ersten — nicht mehr rückgängig zu machenden Schritt in einem Verfahren vornehmen, welches die Amtsentsetzung eines 20 Jahre tätigen Richters zur Folge haben würde, oder aber dasselbe muss zu der Auffassung gelangen, dass, wenn auch das Verhalten des Richters zu verurteilen ist, seine Aeusserungen nicht gebilligt werden können, und derselbe es an richterlichem Benehmen und richterlicher Besonnenheit hat fehlen lassen, doch nicht das rechtlich vorausgesetzte Missverhalten nachgewiesen ist, und deshalb die schwerste Strafe nicht verhängt werden kann. Ein Unterhausmitglied meint, man solle dem Richter die Peerwürde verleihen, und es scheint, dass man allgemein darin eine befriedigende Lösung erblicken würde. Einen Antrag der vorliegenden Art hat das Unterhaus, jedenfalls in moderner Zeit, nur in einem Falle angenommen, im Barrington-Falle im Jahre 1820. Richter Johnson und Richter Fox legten ihre Richterämter nieder, als gegen sie prozessiert wurde. Nur in Fällen schweren, moralischen Missverhaltens — der Barrington-Fall war ein solcher Fall — hat das Parlament die Krone um Amtsentsetzung eines Richters ersucht. Es würde der erste Fall in unserer Geschichte sein, wenn das Unterhaus aus Gründen und nach Beweisen, wie sie hier vorgeführt sind, die schwerste Strafe verhängen wollte. Wenn auch das Verhalten des Richters zum Tadel herausfordert und hier scharf getadelt worden ist, so bleibt doch die Strafe der Amtsentsetzung für schwerere Fälle vorbehalten."

Die Debatte im Unterhause schloss mit der Zurücknahme des gegen den Richter gestellten Antrages und hat wohl dieselbe

Wirkung gehabt, als sei eine Rüge erteilt worden. Es ist richtig, dass sich die englische Tagespresse zum Teil damit begnügt hat, dem Richter den Rat zu erteilen, sich in Zukunft von Wahlprüfungen fern zu halten. Die „Times“ ist indessen weiter gegangen und hat die Einreichung des Entlassungsgesuches gefordert. „Seine Autorität als Richter, fügt die Law Times hinzu, hat ohne Zweifel ernstlich gelitten; sollte der Richter sich entschliessen, sein Ruhegehalt zu acceptieren, nachdem seine Ehre vindiziert ist, so würde er nach der Auffassung des Standes einen weisen Entschluss fassen.“

Zur Lehre von der Krankenkassen-Beitragslast.

Von

Kreisgerichtsrat Dr. B. Hilse, Berlin.

Der Vater bezw. Vormund eines Lehrlings kann im Lehrvertrage das Heilverfahren bezw. die Krankenkassenbeiträge rechtswirksam übernehmen.

Neuerdings pflegt nicht selten in den abgeschlossenen Lehrverträgen einer Vereinbarung Geltung verschafft zu werden, wonach der gesetzliche Vertreter (Vater, Mutter, Vormund) des Lehrlings dem Lehrherrn gegenüber sich verpflichtet, in Erkrankungsfällen das Heilverfahren selbst zu übernehmen, bezw. für die Versicherung des Lehrlings gegen Krankheit Sorge zu tragen und die hierfür etwa zu machenden Aufwendungen dem Lehrherrn zu erstatten. Ueber die Rechtmässigkeit einer solchen gehen die Anschauungen auseinander; die einen halten sie für rechtswirksam, während andere sie für rechtsunverbindlich, ja sogar den Lehrherrn für strafbar erklären, welcher sich derartige Zugeständnisse machen lässt. Bei der hohen praktischen Bedeutung, welche eine derartige Vertragsabrede auf das Lehrverhältnis auszuüben vermag, erscheint es geboten, jede der beiden widerstreitenden Ansichten auf ihre Haltbarkeit oder Hinfälligkeit zu prüfen, um zur Klärung der Rechtsfrage hinzuwirken.

Kosten eines erforderlichen Heilverfahrens zu übernehmen. Durch Abschluss des Lehrvertrages überträgt der Vater zwar gemäss § 127 a GO. für die Dauer der Lehre die väterliche Gewalt auf den Lehrherrn. Die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten daraus zwischen dem Lehrherrn und dem Vater regelt jedoch der Lehrvertrag. Mithin kann dieser auch Bestimmung darüber treffen, inwieweit der Lehrherr die Pflicht zur Sorge für den erkrankten Lehrling dem Vater abnimmt, oder ob solche dem letzteren verbleiben soll, sowie ob und welche Gegenleistungen der Vater bei Uebertragen der ihm obliegenden Fürsorgepflicht auf den Lehrherrn demselben zu gewähren sich verpflichtet. Die vorangestellte Vereinbarung des Lehrvertrages verfolgt aber keinen anderen Zweck, als nach dieser Richtung hin Bestimmung zu treffen. Durch sie soll festgestellt werden, ob die öffentlich-rechtliche Pflicht des Lehrherrn zur Versicherung des Lehrlings gegen Krankheit von diesen zu erfüllen ist oder der Vater des letzteren ihn daraus zu befreien hat, indem er für die während der Dauer des Lehrverhältnisses eintretenden Erkrankungsfälle den Anspruch des Lehrlings auf freie Kur oder Verpflegung in einem Krankenhause sicherstellt, mithin die Voraussetzungen beschafft, unter welchen die Befreiung aus der Versicherungspflicht in § 3b KrVG. vorgesehen wurde. Statt dieser kann der Vater aber auch sich des Lehrherrn als seines Vertreters insofern bedienen, als er diesem diejenigen Beträge aus eigenem Vermögen zurückzuerstatten verspricht, welche er aufwenden muss, um die Leistungen der Krankenkasse im Umfange der §§ 6, 20 KrVG. seinem erkrankenden Sohne zu verschaffen; und dies sind die statutenmässigen Kassenbeiträge. Unstatthaft wäre eine dahin gehende Vereinbarung nur, wenn darin ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) erblickt werden könnte. Hierfür fehlt es aber an den tatsächlichen und rechtlichen Unterlagen. Denn das Strafverbot des § 80 KrVG. kann hierauf nicht Anwendung finden, also auch

gegen dasselbe nicht verstossen werden, weil es gegen den Vater garnicht gerichtet ist. Es wird aber auch nicht Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verletzt, wenn der Vater während der Dauer der Lehre die Kosten einer Erkrankung seines lernenden Sohnes zu tragen übernimmt und verstösst solches erst recht nicht gegen die guten Sitten (§ 157, § 138 BGB.). Aus allen diesen Erwägungsgründen rechtfertigt sich jedoch, dass eine darauf abzielende Vereinbarung in dem Lehrvertrage rechtswirksam ist und Straffolgen für den Lehrherrn, denn dieser könnte doch nur in Betracht kommen, nachzuziehen nicht vermag.

Dass der Lehrling, unabhängig davon, ob er bloss Wohnung und Kost im Hause des Lehrherrn oder neben diesen, bezw. statt dieser auch eine Vergütung in barem Gelde, gleichviel unter welcher Bezeichnung (Kostgeld, Taschengeld pp.) erhält, der Versicherungspflicht gegen Krankheit untersteht, ist aus § 1 KrVG und dessen Entstehungsgeschichte mit Sicherheit festzustellen. Von dem Zeitpunkte der Aufnahme seiner Beschäftigung wird er (§ 19 KrVG.) kraft des Gesetzes Mitglied der für den Betrieb seines Lehrherrn zuständigen Krankenkasse. Aus dieser Mitgliedschaft entspringt die Pflicht des Lehrherrn zur Anmeldung und zur Beitragszahlung, sowie zur Erstattung der Kosten einer vor der bewirkten Anmeldung hervorgetretenen Krankheit (§§ 49, 52, 50 KrVG.) und das Recht des Lehrlings auf die satzungsgemässen Unterstützungen (§§ 20, 26 KrVG.). Aus den ihm obliegenden Verbindlichkeiten kann (§ 3b KrVG.) der Lehrherr auf seinen Antrag befreit werden, wenn dem Lehrling für die während der Dauer des Lehrverhältnisses eintretenden Erkrankungsfälle der Anspruch auf freie Kur oder Verpflegung in einem Krankenhause auf die im § 6 Abs. 2 KrVG. bezeichnete Dauer gesichert ist; während (§ 80 KrVG.) den Arbeitgebern bei Strafe untersagt ist, die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum Nachteile der Versicherten durch Verträge auszuschliessen oder zu beschränken, weshalb Vertragsbestimmungen, welche diesem Verbote zuwiderlaufen, auch keine rechtliche Wirkung haben sollen. Rechtlich kommt deshalb in Frage, ob die vorangestellte Vereinbarung im Lehrvertrage gegen das Strafverbot im § 80 KrVG. verstösst oder die Befreiung aus der Versicherung gemäss § 3b KrVG. zu erzeugen vermag oder nicht.

Verkennen lässt sich nicht, dass der gesetzgeberische Wille im § 80 KrVG. dahin gerichtet war, dem Bestreben des Arbeitgebers entgegenzutreten, die ihm auferlegten Leistungen aus der Versicherungspflicht von sich abzuwenden und auf den von ihm beschäftigten Arbeiter abzuwälzen. Allein es gehört derselbe dem

öffentlichen Rechte an und kann deshalb auch nur Geltung finden, insoweit eine öffentlich-rechtliche Einrichtung in Frage kommt. Erst mit dem Zeitpunkte der aufgenommenen Beschäftigung, also hier des Eintrittes in die Lehre entsteht die Versicherungspflicht, beginnt also erst das Krankenversicherungsgesetz seine rechtlichen Wirkungen zu äussern. Auch fasst dasselbe nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in das Auge. Dem Arbeitsverhältnisse steht zwar das Lehrverhältnis gleich, mithin ist der Lehrherr zweifellos gleichfalls Arbeitgeber im rechtlichen Sinne. Demungeachtet kann dies auf die Vereinbarung in dem Lehrvertrage eine rechtliche Wirkung nicht äussern und zwar aus dem doppelten Grunde, weil solche zwischen dem Lehrherrn und demjenigen getroffen wurde, welchem die Fürsorge für den Lehrling zusteht, der aber nicht versicherungspflichtiger Arbeitnehmer, sondern Dritter im rechtlichen Sinne ist, sodann weil sie vor Beginn der Lehre, mithin vor der daraus entspringenden Versicherungspflicht getroffen wurde. Es versagt insoweit also § 80 KrVG. seine rechtliche Wirkung, weshalb die darin angedrohten Straffolgen auch gegen den Lehrherrn gleichfalls nicht zur Anwendung gebracht werden können.

Es ist das Rechtsgeschäft lediglich nach den Rechtsregeln des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Denn der Lehrvertrag ist, obschon die für dessen formgerechtes Zustandekommen massgebenden Vorschriften in § 126 b GO. sich vorfinden, nicht eine Einrichtung des öffentlichen, vielmehr des bürgerlichen Rechtes. Er regelt die gegenseitigen Pflichten und Rechte zwischen dem Lehrherrn und dem Lehrling. Letzterer ist noch nicht vertragsfähig, untersteht vielmehr (§ 1626 BGB.) der elterlichen Gewalt. Kraft der elterlichen Gewalt hat (§ 1627 BGB.) aber der Vater die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Diese Pflicht umfasst (§ 1631 BGB.) jedoch auch die Verbindlichkeit, in Fällen der Erkrankung des Kindes für dessen ärztliche Behandlung und Verpflegung Sorge zu tragen, bezw. die

Kosten eines erforderlichen Heilverfahrens zu übernehmen. Durch Abschluss des Lehrvertrages überträgt der Vater zwar gemäss § 127 a GO. für die Dauer der Lehre die väterliche Gewalt auf den Lehrherrn. Die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten daraus zwischen dem Lehrherrn und dem Vater regelt jedoch der Lehrvertrag. Mithin kann dieser auch Bestimmung darüber treffen, inwieweit der Lehrherr die Pflicht zur Sorge für den erkrankten Lehrling dem Vater abnimmt, oder ob solche dem letzteren verbleiben soll, sowie ob und welche Gegenleistungen der Vater bei Uebertragen der ihm obliegenden Fürsorgepflicht auf den Lehrherrn demselben zu gewähren sich verpflichtet. Die vorangestellte Vereinbarung des Lehrvertrages verfolgt aber keinen anderen Zweck, als nach dieser Richtung hin Bestimmung zu treffen. Durch sie soll festgestellt werden, ob die öffentlich-rechtliche Pflicht des Lehrherrn zur Versicherung des Lehrlings gegen Krankheit von diesen zu erfüllen ist oder der Vater des letzteren ihn daraus zu befreien hat, indem er für die während der Dauer des Lehrverhältnisses eintretenden Erkrankungsfälle den Anspruch des Lehrlings auf freie Kur oder Verpflegung in einem Krankenhause sicherstellt, mithin die Voraussetzungen beschafft, unter welchen die Befreiung aus der Versicherungspflicht in § 3b KrVG. vorgesehen wurde. Statt dieser kann der Vater aber auch sich des Lehrherrn als seines Vertreters insofern bedienen, als er diesem diejenigen Beträge aus eigenem Vermögen zurückzuerstatten verspricht, welche er aufwenden muss, um die Leistungen der Krankenkasse im Umfange der §§ 6, 20 KrVG. seinem erkrankenden Sohne zu verschaffen; und dies sind die statutenmässigen Kassenbeiträge. Unstatthaft wäre eine dahin gehende Vereinbarung nur, wenn darin ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) erblickt werden könnte. Hierfür fehlt es aber an den tatsächlichen und rechtlichen Unterlagen. Denn das Strafverbot des § 80 KrVG. kann hierauf nicht Anwendung finden, also auch

gegen dasselbe nicht verstossen werden, weil es gegen den Vater garnicht gerichtet ist. Es wird aber auch nicht Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verletzt, wenn der Vater während der Dauer der Lehre die Kosten einer Erkrankung seines lernenden Sohnes zu tragen übernimmt und verstösst solches erst recht nicht gegen die guten Sitten (§ 157, § 138 BGB.). Aus allen diesen Erwägungsgründen rechtfertigt sich jedoch, dass eine darauf abzielende Vereinbarung in dem Lehrvertrage rechtswirksam ist und Straffolgen für den Lehrherrn, denn dieser könnte doch nur in Betracht kommen, nachzuziehen nicht vermag.

Der staatliche Rechtsgüterschutz auf hoher See.

Von

Regierungs-Assessor Dr. ALBERT ZORN in Posen.

In meinen „Grundzügen des Völkerrechts“[1] habe ich den Satz aufgestellt, dass im Gegensatz zu verschiedenen durch Staatsverträge festgelegten Tatbeständen, die ein Einschreiten von Kriegsschiffen gegen Handelsschiffe im Frieden zur Folge haben, der Seeraub nicht in der Weise strafbar sei, dass jeder Staat das Recht hätte, jedes Piratenschiff, gleichviel welcher Nationalität Schiff oder Eigentümer angehört, anzuhalten oder aufzugreifen. Dieser Ausführung, die ich dort eingehend nicht begründen konnte, liegt die Erwägung zugrunde, dass infolge des Prinzips von der Freiheit des offenen Meeres ein Einschreiten gegen Seeräuber — abgesehen von den Fällen, wo als Täter ein Staatsangehöriger oder als Ort der Tat ein Teil des Staatsgebietes in Frage kommt — für den einzelnen Staat nur dann zulässig ist, wenn hierfür eine besondere rechtliche Grundlage vorhanden ist.

Diese Anschauung, die in der Literatur zur Zeit nur noch von PHILIPP ZORN[2] vertreten wird, ist neuerdings von STIEL[3]

[1] S. 169. [2] Staatsrecht 2. Aufl. II, 927.

[3] PAUL STIEL, Der Tatbestand der Piraterie nach geltendem Völkerrecht. Aus: Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Herausgg. von G. JELLINEK und G. ANSCHÜTZ. Band IV, Heft 4. Leipzig, Duncker und Humblot. 1905. 8. S. 117. Preis: 3,— M.

heftig angegriffen worden. Die nachfolgenden Ausführungen sollen untersuchen, wie weit die Vorwürfe STIELS berechtigt sind; sie sollen ausserdem einige neue Gesichtspunkte hervorheben, die in der juristischen Behandlung des Seeraubes bis jetzt die erforderliche Beachtung nicht gefunden haben.

Sieht man in dem Seeraube, wie es die herrschende Meinung tut, ein Verbrechen gegen das Völkerrecht, das zu verfolgen jeder Staat ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Schiffes oder des Täters befugt sein soll, so gehört die ganze Materie unter die Zahl der Bestimmungen, die sich als Ausnahme von dem Prinzip der Freiheit des offenen Meeres darstellen [4]. So wird sie auch von STIEL [5] folgerichtig mit diesen Ausnahmen zusammen aufgeführt, wobei zugleich darauf hingewiesen wird, dass alle diese Abweichungen von dem Prinzip, ausser der Piraterie, der neuesten Zeit angehören und auf besonderen Staatsverträgen beruhen [6] [7].

Die Feststellung, dass das Vorgehen gegen Seeräuber sich im allgemeinen auf vertragsmässige Abmachungen nicht stützen kann, ist für die weitere Untersuchung von wesentlicher Bedeutung. Das Prinzip der Freiheit des offenen Meeres ist allgemein anerkannt; die Ausnahme, als welche sich das Verfahren gegen Piraten darstellt, bedarf mithin eines besonderen juristischen Grundes, dessen Vorhandensein zunächst nachzuweisen wäre.

[4] Abweichend nur PERELS internat. Seerecht (2. Aufl.) 112.

[5] a. a. O. 4. Die systematische Stellung in der Literatur ist nicht ganz gleichmässig; wie im Texte v. LISZT, Völkerrecht (4. Aufl.) 215, ULLMANN, Völkerrecht 214, deutsche Bestimmungen für den Dienst an Bord I, 255. Bei GAREIS in v. HOLTZENDORFFS Handbuch des VR. findet sich Seeraub und Sklavenhandel zusammengestellt, PERELS stellt die Piraterie als besonderen Abschnitt in den allgemeinen Teil.

[6] Nicht hierher gehört das Recht der Nacheile und das Durchsuchungsrecht der Kriegsschiffe im Kriege.

[7] Was STIEL mit der Behauptung sagen will, dass sich diese Rechtsinstitute „in ihrer praktischen Bedeutung, wenn auch nicht notwendig in ihrer juristischen Konstruktion als Modifikationen der Meeresfreiheit darstellen“, ist mir nicht verständlich.

Von dieser Grundlage geht STIEL bei seiner Behandlung der Frage ebenfalls aus, jedoch begegnen schon seine Ausführungen über den Inhalt des Prinzips der Meeresfreiheit und die daraus sich ergebenden Folgerungen insofern recht erheblichen Bedenken, als er einen Gedanken in diesen Begriff hineinträgt, der keine Berechtigung hat. Es dürfen hierbei ebensowenig, wie sonst, Land und Meer in Parallele gebracht werden, wie STIEL es tut. Diese unrichtige Parallele führt ihn dann dazu, das Meer für „ein staatloses Gebiet durchaus eigener Art“ zu erklären [8], woraus sich die falsche Folgerung ergeben könnte, als wären staatloses Land- und staatloses Wassergebiet im Prinzip gleich zu behandeln, und letzteres gegenüber dem ersteren nur in einigen besonderen Punkten einer anderen Behandlung fähig oder bedürftig. Das trifft aber nicht zu: der grundlegende Unterschied in der juristischen Behandlung von Land und Meer zeigt sich darin, dass staatloses Landgebiet infolge seiner Begrenzbarkeit und Unveränderlichkeit jederzeit dem ausschliessenden Zugriff jedes anderen Staates prinzipiell freigegeben ist, während das hohe Meer diesem Zugriffe nicht unterliegt; dass mithin an staatlosem Landgebiete besondere Rechtsverhältnisse geschaffen werden können [9], während solche Rechtsverhältnisse am hohen Meere eben nicht geschaffen werden können. Insofern ist es auch nicht zutreffend, wenn STIEL die Grundlage der „internationalen Rechtsordnung“ für das staatlose Landgebiet eine negative, für das offene Meer eine positive nennt. Das Verhältnis ist vielmehr umgekehrt; nicht darauf kommt es an, dass juristisch bei staatlosem Land- wie Wassergebiet zunächst nichts ist — das ist nur eine Frage der tatsächlichen Verhältnisse —, sondern, dass aus dem einen juristisch etwas werden kann, aus dem andern dagegen nicht. Aus dem Prinzip der Meeresfreiheit folgt völkerrechtlich

[8] a. a. O. 3.

[9] Beleg hierfür sind vor allem die Art. 34, 35 der Kongoakte vom 26. Februar 1885.

nur, dass auf dem offenen Meere jeder Staat[10] tun und lassen kann, was er will, soweit er nicht die Kreise der anderen, ihm gleichberechtigten Staaten stört, weiter zunächst nichts.

Von den beiden von STIEL gezogenen Folgerungen, dass nämlich die Staaten „insgesamt“ Sorge zu tragen hätten, dass nur staatsangehörige Schiffe das Meer befahren, und dass jeder einzelne zu verhindern habe, dass seine Nationalschiffe die allgemeine Sicherheit verletzen oder gefährden, entbehrt die erste jeder juristischen Grundlage; die zweite Folgerung ergibt sich nicht aus dem Prinzip der Meeresfreiheit, sondern ist ein Ausfluss des Grundsatzes, dass kein Staat die Sicherheit eines andern Staates oder seiner Staatsangehörigen stören darf, und für das Benehmen seiner eigenen Staatsangehörigen nach dieser Richtung jedem andern Staate verantwortlich ist[11].

Ueber den Inhalt des Begriffs der Meeresfreiheit, wie er hier umgrenzt worden ist, bestehen auch in der Theorie keinerlei Zweifel; ausschlaggebend ist hier das negative Moment, dass im Prinzip kein Staat berechtigt ist, für den Verkehr auf hoher See an einen anderen Staat oder dessen Untertanen irgend welche Anforderungen zu stellen[12].

Ergibt sich nach dem Vorstehenden die Unzulässigkeit der von STIEL aus dem Prinzip der Meeresfreiheit gezogenen Konsequenzen, so folgt daraus weiterhin, dass aus diesen Gesichtspunkten heraus das von ihm behauptete Einschreiten gegen Seeräuber nicht zu begründen ist. Auch mit der namentlich in der

---

[10] Weil nur diese Subjekte des Völkerrechtes sind.

[11] Was der einzelne Staat zu diesem Zwecke seinen Untertanen vorschreibt, ist lediglich seine Sache. Es wird hierauf noch zurückzukommen sein.

[12] Vgl. v. LISZT a. a. O. 209, ULLMANN a. a. O. 210, 215; GAREIS, Völkerrecht (2. Aufl.) 80 ff., PERELS a. a. O. 11 ff., STOERK in v. HOLTZENDORFFS Handbuch des VR. II, 483, 492.

älteren Völkerrechtsliteratur fast durchweg herrschenden Anschauung, dass der Seeraub ein „crimen humani generis" sei, das den Täter ächte und der Verfolgung jedes beliebigen Dritten aussetze, ist hier ebenso wenig weiterzukommen, wie mit der von STIEL zur Grundlage seiner Abhandlung gemachten juristisch nicht zu begründenden Bemerkung, dass „die seefahrenden Nationen sich zur Repression der unter dem Namen der Piraterie begriffenen Tatbestände rechtlich verpflichtet" erklären[13]. Das Gleiche könnte man auch von der Unterdrückung des Sklavenhandels oder von der in neuester Zeit erst geregelten Bekämpfung des Mädchenhandels behaupten; in beiden Fällen hat sich gezeigt, dass weder die allgemein anerkannte Verwerflichkeit des Unternehmens, noch die angeblich vorhandene „rechtliche Verpflichtung" der Nationen, die man für beide Fälle mit dem gleichen Rechte als vorhanden hinstellen könnte und müsste, wie für den Seeraub, auch nur im geringsten genügt haben, um geordnete Rechtszustände zu schaffen. Es hat hierfür vielmehr erst einer ganzen Anzahl von Staatsverträgen bedurft, auf deren Grundlage sich die erforderliche Einheit des Verfahrens in den einzelnen Staaten erzielen liess.

Da sich nun Rechtssätze des Völkerrechtes unabhängig von dem Rechte der einzelnen Staaten, oder diesem etwa entgegengesetzt, nicht bilden können, so lässt sich hiernach eine positive Grundlage für die völkerrechtliche Behandlung des Seeraubes nur gewinnen, wenn sich nachweisen lässt, dass das in der Literatur fast allgemein behauptete Vorgehen gegen Seeräuber — Anhalten und Durchsuchung des Schiffes auch im Frieden, Festnahme von Schiff und Mannschaft, Strafbefugnis jedes Staates gegenüber dem „vogelfreien" Seeräuber — sich auf eine allgemein gleichgerichtete Rechtsübung der Staaten stützt, die ihren Grund in einer ent-

[13] v. MARTITZ, internat. Rechtshilfe in Strafsachen I, 66. Der hierin liegende Gedanke kann lediglich als Motiv, nicht aber als Rechtsgrund in Frage kommen. Den Nachweis zu führen, worin die „rechtliche Verpflichtung" besteht, wird v. MARTITZ kaum in der Lage sein.

sprechend übereinstimmenden innerstaatlichen Gesetzgebung oder in der unbeschränkten Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes hat. Dass von diesen beiden Gesichtspunkten der erste — die Parallelgesetzgebung der Staaten — ohne weiteres ausgeschieden werden muss, bedarf einer Erörterung nicht; die zweite Frage, ob und wieweit in dieser Beziehung ein Gewohnheitsrecht sich gebildet hat oder in der Bildung begriffen ist, das zu befolgen die einzelnen Staaten verpflichtet wären, soll im folgenden geprüft werden [14]. Die Untersuchung wird sich hierbei auf die Feststellung beschränken können, ob der Tatbestand des Seeraubes, die Rechtsstellung von Schiff und Mannschaft, die Festnahmebefugnis der Kriegsschiffe und die Frage, wem die Strafgewalt über den ergriffenen Seeräuber zusteht, in der Praxis und der Theorie soweit feststehen, dass von einem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht in dieser Richtung gesprochen werden kann.

Ausgeschieden werden Erwägungen rechtsphilosophischer Natur, wie die Frage, ob es für die an der Völkerrechtsgemeinschaft beteiligten Staaten einen „Beruf zur Weltrechtspflege" [15] gibt, kraft dessen sie den Seeraub als crimen humani generis zu verfolgen, sich für „rechtlich verpflichtet" [16] erklären; die Grundlage muss hier, wie bei allen Erörterungen über Fragen des Völkerrechtes der Satz bilden, dass Völkerrecht nur dann Recht

[14] Auf den Wert internationaler Vereinbarungen gegen die Seeräuber weist v. Liszt, z. B. noch in der 3. Auflage seines Strafrechts (1888, S. 93) — in den neueren Auflagen (vgl. 10. Aufl. 1900, S. 85) findet sich die besondere Betonung dieses Gesichtspunktes nicht mehr — mit Recht hin. Zu derartigen Vereinbarungen ist es, wohl wegen des verhältnismässig geringen Interesses hieran, in gewissem Umfange bis jetzt nicht gekommen. Dass man andererseits mit dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht allein hier nicht auskommt, lässt einmal die deutsche Instruktion zur Unterdrückung der Seeräuberei in den chinesischen Gewässern vom 20. Aug. 1877 (abgedruckt bei Perels 311 ff.) erkennen, dann aber vor allem auch der neuerdings abgeschlossene Vertrag zwischen Italien und der Türkei vom 10. November 1902; s. darüber v. Liszt, Völkerrecht 215.

[15] Stiel a. a. O. 19.

[16] v. Martitz a. a. O. I. 66.

ist, wenn es sich zugleich als Staatsrecht der einzelnen Staaten darstellt; dass es demnach besondere völkerrechtliche Rechtsgrundsätze für die Behandlung des Seeraubes neben oder abweichend von dem Staatsrecht der einzelnen Staaten nicht gibt [17].

1. Das „völkerrechtliche" Verbot des Seeraubes wird von der herrschenden Meinung durchweg auf ein „unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht" zurückgeführt [18]. Das Vorhandensein eines solchen gewohnheitsrechtlichen Verbotes müsste jedoch, wenn es nicht an sich ein Unding sein soll, zur unbedingten logischen Voraussetzung haben, dass der Tatbestand dessen, was verboten sein soll, genau feststeht, denn ein Verbot ohne gleichzeitige Festlegung des Tatbestandes, auf den es sich erstrecken soll, ist rechtlich undenkbar [19]. Schon darum also müsste, soll das „völkerrechtliche Verbot" nicht lediglich Phrase bleiben, der Tatbestand dessen, was völkerrechtlich als Seeraub anzusehen ist, unbedingt klar und genau umschrieben sein. Auch hierfür soll nach der herrschenden Ansicht die erforderliche gewohnheitsrechtliche Grundlage vorhanden sein [20]. Sieht man aber hier näher zu, so ergibt

---

[17] Entgegengesetzt die herrschende Meinung; das hat gerade in der Lehre vom Seeraube dazu geführt, neben den von den einzelnen Staaten festgesetzten Tatbeständen einen besonderen „völkerrechtlichen" Tatbestand des Seeraubes zu konstruieren und der „völkerrechtlichen Piraterie" die „landesrechtliche Piraterie" gegenüberzustellen. So STIEL a. a. O., v. LISZT 215, GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II 575 f., DERSELBE, Völkerrecht 173. ULLMANN 215. Ein Unterschied in dem Tatbestande des Seeraubes nach Völkerrecht und Landesrecht im Sinne der herrschenden Meinung ist jedoch juristisch unmöglich.

[18] Vgl. bes. ULLMANN 214, GAREIS 173, derselbe bei v. HOLTZENDORFF II, 572, STIEL 28 f.

[19] Dasselbe muss gelten, wenn man, wie STIEL es tut, den Schwerpunkt des Einschreitens gegen Seeräuber in dem seepolizeilichen Vorgehen findet: auch für ein polizeiliches Einschreiten müsste der Tatbestand genau festgelegt sein, der im einzelnen Falle hierzu berechtigen soll.

[20] So vor allen Dingen GAREIS 173: „Dieser Begriff ist gewohnheitsrechtlich festgestellt"; auch ULLMANN 215.

sich zunächst in der Literatur eine ganz auffallende Verschiedenheit der Meinungen über den Tatbestand des Seeraubes; nicht minder ist das der Fall, wenn man, wie STIEL[21] dies in einer ihm leider unbewusst bleibenden Regung eines richtigen Gedankens tut, die Staatenpraxis als Erkenntnisquelle für das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht heranzieht. Für die Literatur weist zunächst im Gegensatz zu seiner neueren Behauptung in seinem Völkerrecht[22] schon GAREIS an anderer Stelle[23] darauf hin, dass die Feststellung des Begriffes des Seeraubes in den Fällen Schwierigkeiten mache, „in denen nicht Verträge die Merkmale des Begriffes genau präzisieren". Diese Bemerkung, die an sich durchaus das Richtige trifft, spricht ebensowenig für das immer wieder behauptete Bestehen eines „völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes", wie die folgende Feststellung, dass an der von GAREIS gegebenen Definition:

„In der völkerrechtlichen Literatur werden unter eigentlichen Piraten diejenigen verstanden, welche einen gewaltsamen Angriff gegen Schiffe auf hoher See mit dem animus furandi unternehmen und hierbei durch Erregung von Furcht auf die zu Beraubenden wirken", wie er selbst zugibt, nur das erste Merkmal, der gewaltsame Angriff auf Schiffe, unbestritten sei[24]. In der Tat sind hier zwischen zwei Grenzen — weiteste Fassung: Gewalttat auf offener See ausserhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates der Völkerrechtsgemeinschaft (v. LISZT); engste Fassung: Angriff gegen ein Schiff auf hoher See in der Absicht der Wegnahme fremder beweglicher Sachen ohne staatliche Ermächtigung (GAREIS) — so ziemlich alle Meinungen vertreten. Einer besonderen Erwähnung bedarf die Definition von STIEL[25] noch insofern, als er den Seeraub als ein „gegen prin-

[21] a. a. O. 29.
[22] S. oben 278[20].
[23] Bei v. HOLTZENDORFF II, 573; vgl. auch ULLMANN 215.
[24] STIEL 67[8] bemerkt hierzu übrigens, dass nicht einmal dieses vollständig der Fall sei. S. auch 73.
[25] a. a. O. 28.

zipiell alle Nationen gerichtetes Seeunternehmen" bezeichnet. Das ist ein an sich unzutreffender Ausdruck; nicht gegen die Nation oder den Staat richtet sich das Seeunternehmen, sondern gegen das einzelne Schiff. Gemeint ist wohl, dass der Seeräuber bei seinen Angriffen ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des einzelnen Schiffes vorgeht; dafür ist der Ausdruck der Definition aber zu ungenau. Auch der von STIEL in die Definition hineingebrachte Begriff der Gewerbsmässigkeit gehört zum Tatbestande des Seeraubes nicht[26]. Er ergibt sich weder daraus, dass der Seeräuber seine Tätigkeit gegen Schiffe aller seefahrenden Nationen richtet[27] — das ist prinzipiell auch der Fall, wenn er wahllos, ohne daraus ein Gewerbe machen zu wollen, das erste beste Schiff aufgreift, dem er begegnet —, noch findet diese Ansicht eine Stütze in dem Wortlaut der deutschen Bestimmungen für den Dienst an Bord von 1903, wie STIEL[28] behauptet. Es kann also ein Schiff, das nur einen einzigen Gewaltakt begeht, sehr wohl auch als Seeräuber behandelt werden[29]; die nach STIELS Ansicht hier bestehende Lücke ist in der Tat gar nicht vorhanden.

Der gleiche Mangel an Uebereinstimmung über den Begriff des Seeraubes, wie ihn die Literatur aufweist, zeigt sich in der Behandlung dieser Frage durch die hierfür in Betracht kommenden Staaten[30]. Hier geht die Verschiedenheit der Rechtsauffassung sogar noch ganz erheblich weiter, als in der Literatur; auch STIEL[31] muss zugeben, „dass die Ausbeute, die die Marinegesetze

---

[26] Diese Ansicht wird übrigens in der deutschen Literatur auch nur von STIEL allein vertreten.

[27] So STIEL a. a. O. 77.

[28] a. a. O. 71. Der Ausdruck „Ausübung von Gewaltakten auf See" setzt nicht notwendig eine Mehrzahl von Gewaltakten voraus, wie dies STIEL annimmt.

[29] Auch nach dem deutschem Rechte (§ 250, Ziff. 3 StGB.) gehört die Gewerbsmässigkeit nicht zum Tatbestande des Seeraubes.

[30] Hierfür sei auf die eingehende Darstellung bei STIEL 17 ff., 31 ff. hingewiesen.

[31] a. a. O. 29.

und -instruktionen gewähren, geringfügiger ist, als man erwarten möchte". Es ist also auch aus dieser Quelle der Nachweis nicht zu erbringen, dass der Begriff des Seeraubes im Völkerrecht gewohnheitsmässig feststeht, wie es die herrschende Meinung behauptet[32]. Der Hauptgrund dafür, dass sich ein einheitlicher Begriff hierfür gewohnheitsrechtlich nicht hat herausbilden können, liegt darin, dass, wie STIEL[33] hier vollkommen zutreffend ausführt, einmal die Piraterie früher von ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkten aus betrachtet wurde, als jetzt, und dass sie andererseits „ihre heutige Stellung im System des Völkerrechts erst erlangte, als ihr tatsächliches Vorkommen schon selten geworden war."

Es ist hiernach um die Feststellung nicht herumzukommen, dass es einen auf Gewohnheitsrecht ruhenden völkerrechtlichen Tatbestand der Piraterie neben den landesrechtlich bestehenden Tatbeständen nicht gibt: aus dem gleichen Grunde kann, wie oben schon gesagt, von einem völkerrechtlichen Verbot nicht die Rede sein. Man wird hiernach unter allen Umständen für die Fragen nach der Behandlung des Seeraubes lediglich von den landesrechtlichen Tatbeständen ausgehen müssen. Vorschriften gegen die Verübung von räuberischen Gewalttaten auf hoher See zu erlassen und gegen die daran beteiligten Personen einzuschreiten, sind die Staaten verpflichtet[34], aber nicht kraft eines

[32] Der Versuch STIELS a. a. O. 30, zur Feststellung des Tatbestandes der Piraterie die Geschichte heranzuziehen, scheitert meines Erachtens an der von ihm selbst zugegebenen Tatsache, dass sich die Rechtsanschauung über die Piraterie heute gegen die frühere Zeit erheblich geändert hat. Der Tatbestand stand auch früher nicht unbedingt fest; schon deshalb ist, abgesehen von allem andern, nicht anzunehmen, dass der Wandel der Rechtsanschauung auf die Abgrenzung des Tatbestandes gänzlich ohne Einfluss geblieben sein sollte.

[33] a. a. O. 30.

[34] Dass hierfür das Recht jedes einzelnen Staates genügend Handhaben bietet, ist bei der Frage der Rechtsstellung von Schiff und Mannschaft zu erörtern.

völkerrechtlichen Verbotes — das wäre nur denkbar, wenn völkerrechtlich in gleicher Weise umfassend anerkannt wäre, was verboten sein soll —, sondern infolge des allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsatzes, dass kein Staat einen andern oder dessen Angehörige durch einen unbegründeten Angriff verletzen darf, und dass er ebenso dafür zu sorgen hat, dass dies von seinen eigenen Staatsangehörigen nicht geschieht. Dieser Verpflichtung hat z. B. das Deutsche Reich durch die Vorschrift in § 250 Ziff. 3 des Strafgesetzbuches Rechnung getragen[35].

Die Frage nach der völkerrechtlichen Bedeutung der Piraterie kann nach den vorstehenden Ausführungen nicht dahin gestellt werden, ob es neben den landesrechtlichen Tatbeständen der Piraterie einen besonderen, durch Gewohnheitsrecht festgestellten völkerrechtlichen Tatbestand der Piraterie gibt, dem ein besonderes völkerrechtliches Verbot entspräche[36], sondern lediglich dahin, ob sich für die Behandlung der des Seeraubes verdächtigen oder dessen überführten Schiffe und Personen, wie dieser Begriff durch das Landesrecht der einzelnen Staaten festgestellt ist, unter den sämtlichen Staaten bestimmte Grundsätze gewohnheitsrechtlich herausgebildet haben, die als Bestandteile des geltenden Völkerrechtes und der völkerrechtlichen Lehre vom Seeraube allgemein zu beachten sind[37].

Für die Frage des Tatbestandes der Piraterie sei de lege

[35] Die Definition des Begriffes Seeraub in § 23 Ziff. 21 der Bestimmungen für den Dienst an Bord vom 21. Nov. 1903 Teil I, deckt sich inhaltlich mit der des Strafgesetzbuches.

[36] Unverständlich sind mir folgende Sätze Stiels über das Verhältnis des Völkerrechts zum Landesrecht: „Der völkerrechtliche Tatbestand und die landesrechtlichen Tatbestände verhalten sich zu einander wie Mittel und Zweck. Das psychische Element der Piraterie, die Absicht der Begehung von Gewalttaten verwirklicht (?) sich durch Setzung der landesstrafrechtlichen Tatbestände" (a. a. O. 31).

[37] Siehe hierüber unten bei der Besprechung der Festnahmebefugnis der Kriegsschiffe.

ferenda darauf noch hingewiesen, dass die weite Fassung, wie sie v. LISZT [38] jetzt schon diesem Begriffe gibt, zweifellos das Richtigere ist. Einmal deutet hierauf das Vorhandensein einer Reihe von Tatbeständen hin, die die herrschende Meinung unter dem jeder Dehnung fähigen Begriff der „Quasipiraterie" zusammenzufassen sich bemüht, dann aber ist diese Ausdehnung auch in dem Gedanken begründet, der überhaupt für das Einschreiten gegen Seeräuber als Ausgangspunkt dient. Bedürfen — und das gilt auch heutzutage noch — Schiffe und Mannschaften auf offenem Meere eines besonderen oder erhöhten Schutzes, so darf sich dieser logischerweise nicht darauf allein beschränken, dass beiden die Sicherheit von Hab und Gut gegen räuberische Wegnahme gewährleistet wird, sondern er muss die Integrität des Ganzen und jedes der einzelnen Beteiligten in aller und jeder Beziehung in sich begreifen. Diese Frage sowie die damit zusammenhängende, ob der § 250 Ziff. 3 nicht besser durch eine weiter gefasste Bestimmung zu ersetzen wäre, kann jedoch hier nur gestreift werden.

2. Mit dem von der herrschenden Meinung vertretenen Satze, dass zur Verfolgung des Seeraubes jeder Staat im weitesten Umfange ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit von Schiff und Mannschaft zuständig sei, steht die Anschauung in unmittelbarem Zusammenhange, nach welcher der Seeräuber als „völkerrechtlich vogelfrei" [39] oder das Schiff als „dem Schutze des Staates entzogen" [40] angesehen wird. Auch für diesen Lehrsatz der herrschenden Meinung lässt sich aus dem Völkerrecht nicht der geringste Anhaltspunkt gewinnen. Die ganze Lehre von der „Denationalisierung des Seeräubers" ist ein künstlich in das Völkerrecht hineingetragener Gedanke, der den einfachsten staatsrechtlichen Grund-

[38] a. a. O. 215.
[39] v. LISZT 216, BONFILS-GRAH, Völkerrecht 325, PERELS 112.
[40] STIEL 10.

vorschriften über die Staatsangehörigkeit widerspricht und schon darum völkerrechtlich unmöglich ist. Die Frage, auf welche Weise und aus welchen Gründen die Staatsangehörigkeit verloren gehen kann, beantwortet nicht das Völkerrecht, sondern ausschliesslich das Staatsrecht. Die juristische Konstruktion, die den Seeräuber als rechtlos erklärt, ist lediglich geschaffen, um den Satz zu begründen, dass jeder Staat das Recht habe, gegen den Seeräuber vorzugehen. Die Rechtlosigkeit des Seeräubers und die Verfolgung durch jeden beliebigen Staat sollen sich zu einander verhalten, wie Ursache und Wirkung; tatsächlich aber ist, wie immer, auch hier in der geschichtlichen Entwickelung das erste die Lösung der praktischen Seite der Frage gewesen: jeder fasste den Seeräuber, wo er ihn bekam; erst später kommt dann der Versuch hinterher, dieser Massregel eine juristische Grundlage zu geben. ULLMANN [41] und GAREIS [42] weisen schon auf die bedenklichen Folgen der angeblichen Rechtlosigkeit des Seeräubers hin, die früher zeitweise dazu geführt hatte, auch Privat- und Handelsschiffen in weitestem Umfange das gleiche Recht einzuräumen, das heutzutage allgemein nur den Kriegsschiffen zugestanden wird. Nach dieser Richtung hin hat also der Begriff der allgemeinen Rechtlosigkeit des Seeräubers bereits eingeschränkt werden müssen; folgerichtig wäre es dann gewesen, ihn, wenn er sich als unbrauchbar erwies, aus der Konstruktion überhaupt zu beseitigen. Denn entweder ist jemand rechtlos, dann ist er es für jedermann [43], oder er ist es nicht, dann ist er es weder für einen Privatmann, noch einem Staate gegenüber, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt [44]. Der Begriff der „völkerrechtli-

[41] a. a. O. 214 [5].

[42] Bei v. HOLTZENDORFF II, 575.

[43] Abgesehen schon davon, dass dieser Begriff in den Gedanken des modernen Rechtsstaates überhaupt nicht mehr hineinpasst; s. auch GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II, 575.

[44] Mit dem Wegfall des Begriffes der Rechtlosigkeit erledigen sich auch

chen Rechtlosigkeit" ist logisch inkorrekt und juristisch unhaltbar.

Die ganze Lehre von der „Denationalisierung des Seeräubers" ist lediglich eine Annahme, eine Fiktion, die den Satz stützen soll, dass der Seeräuber der Gewalt jedes Staates verfallen sei, der sich seiner bemächtigt. Bei PERELS[45] findet sich das mit aller Deutlichkeit ausgesprochen; interessant ist auch, was PERELS speziell zur Anerkennung dieser Annahme zwingt: als Ausnahme von dem Prinzip der Meeresfreiheit will er das Verfahren gegen Seeräuber nicht ansehen, weil er offenbar nicht in der Lage ist, diese Ausnahme in der erforderlichen Weise juristisch zu begründen; er hilft sich deshalb mit der Umschreibung, dass dieses Vorgehen „keine eigentliche (!) Ausnahme" von dem Prinzip der Freiheit des offenen Meeres sei, denn es beruhe „auf der Annahme, dass Piratenfahrzeuge und ihre Bemannung keiner Nation angehören, dass sie denationalisiert, mithin des Schutzes jeder Flagge bar und ledig sind[46]." Abgesehen davon, dass es zur juristischen Erklärung der Rechtsfolgen des Seeraubes der Einführung dieser Fiktion, wie sich weiterhin zeigen wird, überhaupt nicht bedarf[47], ist das Arbeiten mit Fiktionen immer bedenklich, und vollends dann gänzlich ausgeschlossen, wenn es zu

---

die Bemerkungen STIELS a. a. O. 51 f. über das Einschreiten von Privatpersonen gegen Seeräuber. Dass Landesrecht eine solche Ermächtigung nicht schaffen kann, sobald man sich auf den Standpunkt stellt, dass auch der Seeräuber seine Staatsangehörigkeit nicht verliert, bedarf einer weiteren Begründung nicht. Andererseits würde der direkte staatliche Auftrag an ein Privatschiff zum Einschreiten gegen Seeräuber diesem die Eigenschaft eines Staatsschiffes verleihen.

[45] a. a. O. 112.

[46] Es braucht aus diesem Grunde auch nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob die Denationalisierung Tatbestandsmerkmal oder Rechtsfolge der Piraterie ist; s. hierzu STIEL 7 ff.

[47] Als Beweis hierfür die älteren Seerechte (Roles d'Oléron) anzuführen, wie PERELS 112[2] es tut, ist schon wegen des gänzlich veränderten Verhältnisses des Staates zu den Staatsangehörigen unmöglich.

so unhaltbaren staatsrechtlichen Konsequenzen führt, wie es der Begriff der „Denationalisierung" des Seeräubers tatsächlich tut [48].

In der Denationalisierung des Seeräubers findet die herrschende Lehre die gänzliche Loslösung des Seeräubers von dem Staate, dem er ursprünglich angehört; ihre Folge soll die völkerrechtliche Rechtlosigkeit desselben sein. Hiernach wäre zu unterscheiden zwischen der Denationalisierung des Schiffes und der Denationalisierung der Mannschaft, die der Natur der Sache nach nicht nach den gleichen Grundsätzen vor sich gehen könnte. STIEL [49] unterscheidet weiter noch eine faktische Denationalisierung, die Trennung des Seeräubers von sich aus von dem Staate, dem er zugehört, ein „Ereignis in der Psyche der betreffenden Personen", wie er es bezeichnet, und eine rechtliche Denationalisierung, die „Lockerung des rechtlichen Bandes, das das Schiff und seine Besatzung mit dem Heimatlande verbindet", also juristisch das Ausscheiden von Schiff und Mannschaft aus dem bisherigen Staatsverbande, da eine „Lockerung des rechtlichen Bandes" in anderer Weise rechtlich unmöglich ist. Auf diese Unterscheidung wird unten näher eingegangen werden.

Dass über die Bedingungen, unter denen sich der Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vollzieht, ausschliesslich das innere Staatsrecht des einzelnen Staates entscheidet, ist eine im Völkerrechte unbestrittene Tatsache; das gleiche gilt für die rechtliche Beurteilung der Zugehörigkeit von Schiffen zu einem

[48] Mit aller Schärfe muss die juristische Konstruktion der Denationalisierung von STIEL a. a. O. 10 [2] zurückgewiesen werden, die dahin geht, dass „eine Pertinenz ihren Pertinenzcharakter" verliere. So „einfach", wie STIEL annimmt, ist die Sache nicht, denn abgesehen davon, dass diese Konstruktion die von ihm ebenfalls behauptete Denationalisierung der Mannschaft nicht decken würde, ist es juristisch fast mehr als ein Unding, ein Schiff als „Pertinenz" seines Heimatstaates anzusehen. Dieses Beispiel zeigt wieder deutlich, dass vor einer Uebertragung zivilrechtlicher Begriffe in das Staats- und Völkerrecht immer noch nicht eindringlich genug gewarnt werden kann.

[49] a. a. O. 7 f.

bestimmten Staate [50]. Die Entscheidung der Frage, ob der Begriff der Denationalisierung in dem oben angegebenen Sinne juristisch überhaupt möglich ist, wird also davon abhängen, ob das Staatsrecht hierfür die erforderlichen Grundlagen gewährt.

Sieht man in dem Seeraube eine Handlung [51], deren Vornahme der Staat mit Strafe bedroht, so wird der Endzweck des Vorgehens gegen den Seeräuber immer der sein, ihn der Strafgerichtsbarkeit des Staates zuzuführen. Nun ist aber jeder Staat nach allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätzen dafür verantwortlich, dass Straftaten seiner Untertanen, die den Rechtskreis anderer Staaten oder deren Angehöriger verletzen, die erforderliche Sühne finden. Weiter gibt es im Tatbestande des Seeraubes nichts, was dazu zwingt, ihn als ein Delikt besonderer Art anzusehen, das infolgedessen mit besonderen Rechtsfolgen verbunden wäre. In der Tat geschieht das auch nicht; der Seeraub ist strafrechtlich ein Delikt, wie jedes andere; seine besondere Gefährlichkeit bedingt wohl besondere Massregeln zu seiner Unterdrückung, nicht aber ergeben sich hieraus Besonderheiten für die rein strafrechtliche Behandlung des Seeräubers. Es gibt aber im gesamten Strafrecht kein Delikt, das zur Folge hätte, dass der Täter seiner Staatsangehörigkeit verlustig geht. Das ist auch schon aus dem Grunde unmöglich, weil damit die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates wegfallen würde, und dieser es in der Hand hätte, durch eine mehr oder weniger weitgehende Gesetzgebung auf diesem Gebiete sich eines Teiles seiner Verantwortlichkeit zu entledigen [52]. Damit fällt aber auch die Möglichkeit, die „rechtliche Denationalisierung“ des Seeräubers als Folge des Seeraubes zu konstruieren, aus der dann weiter die

[50] Vgl. v. Liszt, 106 f., 217 ff., Ullmann 211, 226 ff.

[51] Abgesehen von der Frage der seepolizeilichen Behandlung, die hier zunächst nicht in Betracht kommt.

[52] Für das Gegenteil spricht auch die Entstehungsgeschichte des sogenannten Duchesne-Paragraphen (§ 49a) im deutschen Strafgesetzbuch.

Befugnis jedes einzelnen Staates abgeleitet werden könnte, den Seeräuber festzunehmen. Gäbe es eine juristische Denationalisierung, so müsste die logische Folge davon sein, dass jedem einzelnen Staate nicht nur das Recht zustände, Seeräuber aufzugreifen, sondern auch, sie zu bestrafen [53]. Diese Folgerung zu ziehen, hat aber die Praxis ausdrücklich abgelehnt; das wird auch von Stiel zugegeben. Es sei hier noch erwähnt, dass insbesondere das deutsche Staatsrecht den Verlust der Staatsangehörigkeit als Folge einer strafbaren Handlung nicht kennt. Nach dem Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 [54] ist eine Entziehung der Staatsangehörigkeit durch den Staat — als Strafe, nicht infolge einer Straftat — nur in zwei Fällen gesetzlich zulässig, einmal bei Verweigerung der Rückkehr in das Reichsgebiet im Falle eines Krieges nach ausdrücklicher Aufforderung (§ 20), und dann beim Nichtaustritt aus fremdem Staatsdienste auf ausdrückliche Aufforderung hin, sofern der Eintritt ohne Erlaubnis erfolgt ist (§ 22). Den Fall, dass der Verlust der Staatsangehörigkeit infolge eines Deliktes ipso iure eintritt, wie das für die von der herrschenden Meinung behauptete rechtliche Denationalisierung des Seeräubers in Frage kommen müsste, wenn eine Verletzung des § 250 Ziff. 3 des deutschen Strafgesetzbuches vorläge, kennt das deutsche Staatsrecht nicht.

Es ist nun noch auf die von Stiel besonders behandelte Frage einzugehen, ob der Begriff der „faktischen Denationalisierung“, den Stiel einführt, einer juristischen Verwertung fähig ist. Auch das muss abgelehnt werden. Stiel will die rechtliche

[53] Der Hinweis Stiels a. a. O. 9 [2] auf die Bestimmungen für den Dienst an Bord von 1903 entbehrt jeder Beweiskraft; hier heisst es vielmehr ausdrücklich: „Die Strafgewalt über den Seeräuber verbleibt dem Staate, welchem das Seeräuberschiff angehört“. Dass trotzdem der Seeräuber unabhängig von der Flagge, die er führt, aufgegriffen werden kann, hat seinen Grund in einer anderen Tatsache.

[54] BGBl. 355.

Denationalisierung nicht unmittelbar als Folge des Deliktes eintreten lassen, sondern als Folge der vorangehenden faktischen Denationalisierung, d. h. als Folge der durch konkludente Handlungen zum Ausdruck kommenden Absicht des Seeräubers, sich dem staatlichen Verbande zu entziehen, dem er angehört [55]. Hiermit ist aber auch nicht weiter zu kommen, denn die Fähigkeit, beliebig durch eigenen Entschluss mit rechtlicher Wirkung aus dem Staatsverbande auszuscheiden, erkennt das Staatsrecht der einzelnen Staaten seinen Untertanen nicht zu.

Das „Ereignis in der Psyche der betreffenden Personen", wie Stiel die faktische Denationalisierung an einer andern Stelle [56] nennt, kann mithin eine Wirkung, die Rechtsfolgen hätte, überhaupt nicht äussern. Es gilt auch hier das oben Gesagte; ebensowenig, wie der gewerbsmässige Räuber durch seine Straftaten den rechtlichen Zusammenhang zwischen sich und dem Staate lockert, tut es der Seeräuber. Ein Rechtsgrund für eine verschiedene Behandlung beider Arten von Verbrechern ist nicht vorhanden. Dazu kommt schliesslich noch, dass der Begriff der faktischen Denationalisierung, wie ihn Stiel durchzuführen versucht, schon von Stiel selbst nicht scharf begrenzt werden kann. Während er an einer Stelle (S. 7), ausführt, dass die faktische Denationalisierung die Lösung des Piraten von jedem staatlich anerkannten Verbande sei schränkt er das an einer anderen Stelle (S. 79) wieder in der Weise ein, dass hierzu nicht eine vollständige oder prinzipielle Lösung von der Gesellschaftsordnung notwendig sei; dass vielmehr eine Gesinnung genüge, die „zum Zwecke, die Stellung in ihr zu behaupten, Mittel verwendet, die ihren Grundlagen zuwider sind". In dieser verschwommenen Begrenzung ist aber der Begriff juristisch überhaupt wertlos.

[55] Das soll auch wohl der Satz besagen: „Der Pirat ist ein von der Friedensgemeinschaft der Kulturnationen gelöstes Glied in demselben Sinne, wie jeder gewerbsmässige Verbrecher" (a. a. O. 79).

[56] a. a. O. 7.

Als Tatbestandsmerkmal — worauf STIEL hauptsächlich Wert legt — ist aber die faktische Denationalisierung schon darum bedeutungslos, weil auch die rechtliche Denationalisierung staatsrechtlich eine Folge des Seeraubes nicht ist und nicht sein kann.

So ergibt sich gegen die Einführung dieses Begriffes mehr als ein schwerwiegendes Bedenken.

Zu einem ähnlichen Resultate kommt man hinsichtlich der Denationalisierung der Schiffe. Die Frage der faktischen Denationalisierung scheidet hier der Natur der Sache nach aus; es kann sich nur darum handeln, ob einem Schiffe, das zur Verübung von Seeräuberei benützt wird, der Schutz des Staates, dessen Flagge es führt, entzogen werden kann, und auf welche Weise. Dass für die Zugehörigkeit eines Schiffes zu einem bestimmten Staate ausschliesslich die Grundsätze des Staatsrechtes massgebend sind, wurde schon erwähnt; die hieraus sich ergebende Folge ist, dass — abgesehen von ganz bestimmten Ausnahmen — ein Schiff, das die Flagge eines Staates führt, auf hoher See ausser von den dazu berufenen Organen des betreffenden Staates von niemandem weiter auf seine Flaggenführung hin kontrolliert werden darf. Das ist unzweifelhaft feststehender Rechtsgrundsatz. Um aber die von der herrschenden Meinung behauptete Möglichkeit des freien Zugriffes gegenüber Seeräuberschiffen juristisch zu begründen, wird auch hier wieder die Denationalisierung des Schiffes herangezogen [57]. Da jedoch auch eine solche Denationalisierung nur beim Vorhandensein der hierfür erforderlichen staatsrechtlichen Vorschriften juristisch möglich ist, so wären zunächst hierfür die

---

[57] STIEL a. a. O. 7 gerät hierbei mit sich selbst in Widerspruch, wenn er behauptet die Bedeutung der Piraterie bestände darin, dass sie die Massregel (das Aufgreifen von Schiffen) auch gegenüber nationalen Schiffen ermögliche. Ein Schiff, das „national“ ist, ist nicht denationalisiert, und umgekehrt; die Behauptung STIELs wäre nur dann richtig, wenn er auf dem im Texte vertretenen Standpunkt stände, dass die Verübung von Seeraub auf die Nationalität eines Schiffes keinen Einfluss hat.

erforderlichen Grundlagen nachzuweisen. Auch hier versagt indessen die Untersuchung völlig; ebensowenig, wie der Seeräuber durch den Seeraub seine Staatsangehörigkeit einbüsst, geht hierdurch für das Schiff das Recht zur Flaggenführung verloren [58]. Die Behauptung STIELs [59], dass die „eigenartige Rechtsfolge“ der Piraterie die rechtliche Denationalisierung des Schiffes sei, dass die Piraterie die Verbindung des Schiffes mit seinem Heimatstaate „völlig löse“, dass nicht nur „dem Schiffe der Schutz des Staates entzogen“ werde, „sodass es dem Zugriff jeder Macht unterliegt“, sondern dass auch „der Heimatsstaat von seiner Verantwortlichkeit für den Bestand einer gesicherten Rechtsordnung an Bord befreit“ werde, ist juristisch durch nichts zu begründen und findet insbesondere im deutschen Recht nach keiner Richtung hin eine Stütze [60]. Die rechtliche Denationalisierung eines Schiffes kann juristisch nur dadurch zum Ausdrucke gebracht werden, dass der Staat dem Schiffe das Recht entzieht, die Staatsflagge zu führen. Die Möglichkeit, einem deutschen Schiffe wegen der Verübung von Seeraub die Flagge zu entziehen, ist aber nach deutschem Rechte ausgeschlossen: weder das Gesetz über das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899 [61] noch irgend eine andere gesetzliche Vorschrift des deutschen Reiches enthalten

[58] Es gibt nur eine einzige völkerrechtliche Vorschrift, auf Grund deren Schiffen strafweise das Recht zur Führung der Flagge eines bestimmten Staates entzogen werden kann: sie findet sich in Art. 40 der Antisklavereiakte vom 26. Februar 1885. Diese Bestimmung trägt jedoch ausschliesslich den Charakter einer Sondervorschrift, sodass irgendwelche Konsequenzen daraus nicht gezogen werden können. Es handelt sich nämlich hier um die Entziehung der Flagge, wenn sogenannte „einheimische“ Schiffe, denen das Recht zur Führung der Flagge eines bestimmten Staates verliehen ist, sich einen Sklavenraub oder Sklavenhandel zu Schulden kommen lassen.

[59] a. a. O. 10, 85.

[60] Auf die Unzulässigkeit der von STIEL zur Begründung dieses Satzes angewandten juristischen Konstruktion ist schon oben 286 [48] hingewiesen worden.

[61] RGBl. 319.

Bestimmungen, auf Grund deren ein solches Vorgehen möglich wäre[62]. Auch die von STIEL[63] zum Beweise herangezogene Praxis versagt hier, soweit das deutsche Recht in Frage kommt: die Vorschrift der deutschen Bestimmungen für den Dienst an Bord[64], dass die Strafgewalt über die Seeräuber dem Staate verbleibt, welchem das Seeräuberschiff angehört, wäre sinnlos und falsch, wenn die Folge des Seeraubes die Denationalisierung im landläufigen Sinne wäre.

Abgesehen davon, dass die Möglichkeit, einem Schiffe aus beliebigen Gründen den Schutz der Flagge zu entziehen, staatsrechtlich durchaus nicht überall gegeben ist, bestehen gegen den Begriff der Denationalisierung von Schiffen auch völkerrechtlich erhebliche Bedenken. Sie richten sich hauptsächlich gegen den zweiten Punkt der Beweisführung STIELS, dass nicht nur das Schiff in solchen Fällen dem Zugriff jedes Staates unterliege, sondern, dass infolgedessen auch der Heimatsstaat „von seiner Verantwortlichkeit für den Bestand einer gesicherten Rechtsordnung an Bord befreit" werde[65]. Den gleichen Gedanken führt

[62] Die Behauptung STIELS (a. a. O. 89, 89 ²), dass Derartiges nach der deutschen allgemeinen Dienstinstruktion für die Konsulate insofern möglich sei, als der Konsul einem deutschen Schiffe eröffnen könne, dass es nicht als deutsches Schiff angesehen werden könne, solange es die Nationalflagge nicht führe, ist ebenfalls nicht stichhaltig. In dieser Erklärung liegt weder die Entziehung der Flagge, noch die Entziehung des staatlichen Schutzes, sondern nur die Eröffnung an das Schiff, dass ihm staatlicher Schutz nicht zuteil werden könne, solange es nicht die hierfür vorgeschriebenen Bedingungen erfülle. Das ist aber doch etwas wesentlich anderes als die „Entziehung" des staatlichen Schutzes!

[63] a. a. O. 9.

[64] § 23 Ziff. 28. In der von STIEL besonders hierfür angezogenen Bestimmung des § 23 Ziff. 22, wonach jeder Kommandant das Recht hat, ein Seeräuberschiff, unabhängig von der Flagge, die es führt, aufzubringen, kann ich eine Stütze für seine Ansicht nicht finden. Diese Vorschrift ruht auf einem ganz besonderen Rechtsgrunde; ausserdem steht die oben angezogene Vorschrift der Ziff. 28 der Anschauung STIELS auf das schroffste entgegen.

[65] a. a. O. 10.

STIEL an anderen Stellen von einem anderen Gesichtspunkte dahin aus, dass der Staat ein Schiff aus beliebigen Gründen „durch Entziehung des Schutzes der Flagge allgemeiner Verfolgung aussetzen“ könne, dass er insbesondere im Falle einer Revolution Nationalschiffen dadurch den Schutz der Flagge entziehen könne, dass er sie „mit der Absicht, sie allgemeiner Verfolgung auszusetzen, für Piraten erklärt“ [66]. Der Grundgedanke, der hierin liegt, ist völkerrechtlich unzulässig; die Konsequenzen, die sich hieraus ergeben, müssen schon darum unbedingt abgelehnt werden. Erkennt man den Satz, dass kein Staat die Integrität eines anderen Staates stören darf, für das Völkerrecht als gültig an [67], so folgt hieraus zunächst einmal, dass der Staat für seine Untertanen nach dieser Richtung hin einzustehen hat, dann aber ebenso, dass er sich dieser Verpflichtung einseitig unter keinen Umständen dadurch entziehen kann, dass er Staatsangehörige, die sich gegen diese Vorschrift vergangen haben, aus seinem Staatsverbande ausscheidet. Das gilt für das Völkerrecht ganz allgemein, auch für die Lehre von der Piraterie, für die in dieser Hinsicht ein Rechtsgrund, der eine besondere Behandlung rechtfertigen oder verlangen würde, im geltenden Völkerrechte nicht aufzufinden ist. Die Behauptung STIELS [68], dass die Denationalisierung des Seeräuberschiffes für den Staat „das Aufgehen der speziellen Pflicht des Heimatstaates zur Aufrechterhaltung einer Rechtsordnung an Bord in der allgemeinen Pflicht der Repression der Piraterie“ bedeute, ist, wie im vorstehenden dargelegt, gänz-

[66] a. a. O. 89, 89 [3]. Unverständlich ist, warum — wenn STIELS Standpunkt richtig wäre — die „Ablehnung der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit“ für die Handlungen solcher Schiffe nicht die gleiche Wirkung sollte haben können, als die „Erklärung für Piraten“? Warum die Ablehnung im ersten Falle einseitiger sein sollte, als die Erklärung im zweiten Falle, ist nicht einzusehen.

[67] Das tut auch STIEL a. a. O. 84.

[68] a. a. O. 85.

lich unhaltbar. Eine derartige „allgemeine Pflicht“ im Gegensatz zu der aus völkerrechtlichen Grundprinzipien entspringenden Verpflichtung, die Stiel ohne Grund eine „spezielle“ nennt, gibt es nicht. Verantwortlich auch für den Piraten und seine Handlungen bleibt der Staat, dessen Staatsangehöriger er ist, ebenso wie er es dafür bleibt, dass auf den Schiffen, die seine Flagge führen, geordnete Zustände herrschen. Wie der Staat dem Rechnung trägt, ist seine Sache; es wäre eine bequeme Art, seine Geschäfte durch andere besorgen zu lassen, wenn jeder Staat es in der Hand hätte, Personen oder Schiffe, die die Integrität anderer Staaten auf hoher See frevelhaft angetastet haben, durch Entziehung seines staatlichen Schutzes „allgemeiner Verfolgung auszusetzen“, und sich damit der Verantwortlichkeit für ihre Handlungen zu entledigen.

3. Wie schon oben erwähnt, gründet die herrschende Lehre die von ihr behauptete Befugnis der Kriegsschiffe, Seeräuber ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit festzunehmen, darauf, dass in solchen Fällen der Täter infolge der ipso iure eintretenden „Denationalisierung“ eine Staatsangehörigkeit nicht mehr besitze und daher auf offenem Meere von jedem dazu Berechtigten aufgegriffen werden könne. Wenn diese Beweisführung mit dem Ausscheiden des juristisch unhaltbaren Begriffes der Denationalisierung in sich zusammenfällt, so müsste damit, streng genommen, auch die darauf ruhende Festnahmebefugnis der Kriegsschiffe fallen, es sei denn, dass sich hierfür ein anderer Rechtsgrund auffinden lässt. Ob und wieweit das der Fall ist, bedarf zunächst der Feststellung.

Es mag jedoch gleich hier darauf hingewiesen werden, dass die allgemeine Anerkennung des Satzes, dass die Kriegsschiffe aller Staaten Seeräuber festzunehmen haben, die ihnen begegnen, für die einzelnen Staaten auch die Pflicht in sich schliessen würde, das zu seiner Durchführung Erforderliche zu veranlassen, m. a. W., dass, wenn tatsächlich ein Völkerrechtssatz den Staaten das Ein-

schreiten gegen Piraten durch Festnahme von Schiff und Mannschaft zur Pflicht macht, sich der einzelne Staat nicht nach eigenem Belieben dieser Pflicht entziehen kann. Die Staaten hätten dann unter allen Umständen dafür zu sorgen, dass dieser Vorschrift genügt wird, und dafür die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen. Das Einschreiten selbst gegen Seeräuber besteht in einem doppelten Vorgehen: einmal in der rein seepolizeilichen Massregel der Festnahme von Schiff und Mannschaft, und dann in dem strafrechtlichen Einschreiten gegen die Verletzung der Staatsgesetze durch Aburteilung und Bestrafung der Schuldigen [69]. Für den Erlass von Vorschriften beider Arten hätten demnach in diesem Falle die Staaten zu sorgen, wenn eine durch das Völkerrecht gebotene Verpflichtung zum Einschreiten gegen Piraten bestände. Denn es ist ohne weiteres klar und bedarf keiner besonderen Ausführung, dass die Festnahme allein nicht genügt, wenn nicht gleichzeitig durch Bestrafung der eigenen und Auslieferung der fremden Staatsangehörigen den staatlichen Anordnungen der erforderliche Nachdruck verliehen wird.

Ein Rechtssatz des Völkerrechtes, wonach die Staaten ganz allgemein die Pflicht hätten, gegen Seeräuber einzuschreiten, lässt sich jedoch nicht nachweisen. Weder ist in der Theorie diese Ansicht durchweg vertreten [70] oder, wo sie behauptet wird,

[69] Hierüber s. unten unter Ziff. 4.

[70] Dagegen z. B. GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II, 578. Entgegengesetzt ohne Begründung STIEL 11. Wieweit das Landesrecht für seine Organe eine derartige Verpflichtung einführt, wie das in den deutschen Bestimmungen für den Dienst an Bord § 23, Ziff. 22 geschieht, ist für die Frage der völkerrechtlichen Verpflichtung an sich belanglos; von Bedeutung würde diese Tatsache nur, wenn sich in dem gleichmässigen Verhalten aller Staaten eine gemeinsame Rechtsüberzeugung erkennen liesse. Das ist aber nicht der Fall.

Im übrigen ist auch hier die Ausführung STIELS 11 unzutreffend, dass Deutschland seinen Kriegsschiffen nur die Befugnis zum Einschreiten gegen Piraten gebe; die Bestimmungen für den Dienst an Bord schreiben den Kommandanten der Kriegsschiffe vielmehr die Verpflichtung hierzu ausdrücklich vor.

der Versuch gemacht, die Entstehung eines derartigen Satzes aus den Quellen des Völkerrechts zu erweisen [71], noch hat die Praxis der von der Theorie behaupteten Verpflichtung in dem Umfange Rechnung getragen, wie das geschehen sein müsste, wenn der angebliche Rechtssatz in gleichem Umfange anerkannt wäre, wie etwa die Vorschrift, dass Parlamentäre im Kriege unverletzlich sind.

Dagegen hat unter den an der Sicherheit des offenen Meeres interessierten Staaten im Wege des Gewohnheitsrechtes der Satz Anerkennung gefunden, dass das Einschreiten eines Kriegsschiffes gegen Seeräuber anderer Nationalität auf hoher See nicht als Nichtachtung der Souveränität des betreffenden Staates und somit nicht als Verletzung des Völkerrechtes gilt [72]. Insoweit haben die Staaten stillschweigend im seepolizeilichen Interesse auf die Wahrung ihrer Souveränität aus Gründen des Allgemeinwohls verzichtet; man wird es heutzutage als einen durch gewohnheitsrechtliche Uebung festgestellten Rechtssatz des Völkerrechtes hinstellen können und müssen, dass jeder Staat berechtigt ist, auf hoher See gegen Seeräuber ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit

---

[71] Weder die Ansicht von PERELS 113, dass es die Aufgabe der Kriegsschiffe sei, „da einzuschreiten, wo die allgemeine Sicherheit auf See betroffen oder bedroht ist, und hier einen internationalen Rechtsschutz auszuüben, für die gemeinsamen Interessen aller seeschiffahrttreibenden Nationen einzutreten, denen der Pirat als Feind gegenübersteht", noch die Behauptung STIELS 67, dass die Piraterie eine gemeinsame Gefahr für alle Nationen sei, und dass nur aus diesem Grunde es alle als Pflicht erkennen, zu seiner Repression beizutragen, enthalten eine Spur eines juristisch verwertbaren Nachweises. Die Behauptung STIELS würde z. B. für den Anarchismus in genau derselben Weise zutreffen; dass die Piraterie deshalb, weil ihr Schauplatz das offene Meer ist, einer besonderen Behandlung nicht bedarf, ist schon oben dargetan worden.

[72] So von diesem negativen Gesichtspunkte aus vornehmlich richtig GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II, 578.

im seepolizeilichen Interesse durch Festnahme von Schiff und Mannschaft vorzugehen [73] [74] [75]. Weitere Konsequenzen aber können hieraus nicht gezogen werden; weder besteht eine allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung zum Einschreiten gegen Seeräuber, noch lässt sich nach den Grundsätzen, die für die Festnahme gelten, die Frage beantworten, wer für die Bestrafung des festgenommenen Seeräubers zuständig ist.

Nur für die Festnahmebefugnis in dem eben festgestellten Umfange lässt sich die erforderliche Rechtsgrundlage im Gewohnheitsrechte auffinden [76]; jede weitergehende Behauptung, insbesondere die, dass der Ergreifer zur Aburteilung der ergriffenen Seeräuber ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit zuständig sei, ermangelt jeder juristischen Basis [77].

---

[73] Insoweit schränke ich die Ausführungen in meinem Völkerrecht 169 ein.

[74] Die Frage nach einem Einschreiten wegen Verdachts des Seeraubes kann im übrigen hier, wo es sich um die Feststellung des Prinzips handelt, ausser Betracht bleiben. Interessant ist hierzu die Vorschrift der vorläufigen Instruktion für die Kommandanten deutscher Kriegsschiffe vom 20. August 1877, wonach diese gegenüber piraterieverdächtigen chinesischen Schiffen das Recht der Untersuchung haben, jedoch nur in demselben Masse, wie den Schiffen anderer Nationen gegenüber.

[75] Die von STIEL 85 [2] als richtig bezeichnete Ansicht von WOOLSEY, dass auch gegenüber Kriegsschiffen ein Durchsuchungsrecht bei Piraterieverdacht bestehe, ist falsch. Kriegsschiffe sind exterritorial; ein Vorgehen gegen sie ist, ausser im Falle eines Krieges, völkerrechtlich unter allen Umständen unzulässig. Eine ausdrückliche Anerkennung in der Praxis hat dieser Satz überdies in den auch von STIEL zitierten Bestimmungen in Art. 4 des Quintupelvertrages vom 20. Dezember 1841 und Art. 10 des Vertrages zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel vom 14. März 1884 gefunden.

[76] Belege hierfür bei STIEL 5 [1]. S. jedoch auch hier die in Anm. 74 erwähnte Instruktion von 1877, die auch die Festnahme von chinesischen Piraten ausdrücklich der chinesischen Obrigkeit überlässt.

[77] Hierüber s. unten unter Ziff. 4.

Das Einschreiten gegen Seeräuber ist Sache der Staaten; die Durchführung der Festnahme hat mithin nur durch ihre Organe zu erfolgen. Das sind in erster Linie die Kriegsschiffe; ausserdem kämen hierfür allenfalls noch Schiffe in Betracht, die sich durch besonderen staatlichen Auftrag als hierzu berechtigt legitimieren können. Kauffahrteischiffe haben ein Recht zur Festnahme von Piraten ohne diesen staatlichen Auftrag nicht; für sie beschränkt sich das Vorgehen gegen Seeräuber, mit denen sie zusammenstossen, auf das durch die Notwehr Bedingte[78]. Diese Einschränkung schliesst jedoch das Recht zur Vernichtung des Schiffes und der Mannschaft nicht aus, wenn nur dadurch die in dem Angriff liegende Gefahr abzuwehren ist[79].

Einer besonderen Berücksichtigung bedarf noch die Ansicht STIELS[80], wonach deutschen Kauffahrteischiffen die Befugnis zustehen soll, auf frischer Tat betroffene Seeräuber auf Grund des § 127 der deutschen Strafprozessordnung vorläufig festzunehmen[81]. Diese Befugnis, die nach STIELS Angabe in der völkerrechtlichen Literatur „durchweg übersehen" ist, könnte, wenn sie überhaupt besteht, nur für solche Schiffe in Frage kommen, die, selbst angegriffen, den Seeräuber überwältigen, oder für Schiffe, die einem von Piraten angefallenen Schiffe zu Hilfe kommen. Aber auch in diesen Fällen ist die Anwendbarkeit des § 127 StPO. ausgeschlossen, einmal weil die Strafprozessordnung, soweit nicht besondere Vorschriften ihr Anwendungsgebiet erweitern[82], nach

[78] So auch GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II, 575 f.; ULLMANN 214. Siehe auch § 41 der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

[79] S. GAREIS bei v. HOLTZENDORFF II, 576.

[80] a. a. O. 52[1], 78.

[81] Abs. 1, der hier in Frage kommt, lautet: „Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterlichen Befehl vorläufig festzunehmen."

[82] So z. B. §§ 19, 52 ff. des Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (RGBl. 213) und §§ 2—4 des Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 25. Juli 1900 (RGBl. 809).

§ 1 des Einführungsgesetzes hierzu nur innerhalb des Reichsgebietes gilt, also auf hoher See ohne ausdrückliche Ausdehnung hierauf unanwendbar ist, ausserdem in ihrer Gültigkeit die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsorganisation zur unbedingten Voraussetzung hat, sodann aber auch, weil eine Festnahme, wie sie der Vorschrift des § 127 cit. entspricht — Festnahme durch eine physische Person — durch ein Schiff ausgeschlossen ist. Hierin kann auch die Annahme keine Aenderung herbeiführen, dass das Schiff auf hoher See als Staatsgebiet anzusehen ist; denn auch dann würde die Vorschrift des § 127 z. B. nur die Festnahme eines Seeräubers decken, der sich auf dem deutschen Schiffe befindet und dort ergriffen wird [83]. In keinem Falle kann also die Bestimmung des § 127 cit. Handelsschiffen gegenüber den Seeräubern ein Recht verschaffen, das über das Recht der Notwehr hinausgeht; insbesondere sind zur Festnahme von Seeräuberschiffen in jedem Falle nur die Kriegsschiffe (Staatsschiffe) berechtigt.

4. Als letzter Punkt ist noch die von der Theorie des Völkerrechtes vielfach behauptete allgemeine Zuständigkeit des Ergreifers zur strafrechtlichen Aburteilung der ergriffenen Piraten zu erörtern. Diese Anschauung ist in der älteren Völkerrechtsliteratur durchweg vertreten [84]; in neuerer Zeit hat sich diese Ansicht insofern geändert, als man die Entscheidung der Frage, wer zur Bestrafung ergriffener Piraten zuständig ist, von der Antwort abhängen lassen will, die die Gesetzgebung desjenigen Staates gibt, dem der Ergreifer angehört [85].

---

[83] Auch hier könnten sich mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit, die Vorschrift der §§ 128, 132 StPO. — Vorführung vor den Richter innerhalb der vorgeschriebenen Zeit — sachgemäss zu erfüllen, Zweifel über die Anwendbarkeit des § 127 erheben. Ob es nach dieser Richtung hin einer Ergänzung der Strafprozessordnung bedarf, mag hier dahingestellt bleiben.

[84] Vgl. Bluntschli § 346, Heffter-Geffcken, Völkerrecht (7. Aufl.) 223. S. auch die Angaben bei Perels 110.

[85] So Ullmann 214, Perels 116 f., Gareis bei v. Holtzendorff II, 579, derselbe, Völkerrecht 173, v. Liszt 216, v. Martitz, Rechtshilfe I. 66 f.

Beide Ansichten sind jedoch unhaltbar.

Dass die Anschauung, jeder Staat sei zum Einschreiten gegen Seeräuber ohne weiteres und in jedem beliebigen Umfange berechtigt, juristisch nicht zu begründen ist, ergibt sich aus dem Vorstehenden und bedarf einer weiteren Ausführung nicht. Will man den Schwerpunkt darauf legen, dass auf die Frage nach der Strafzuständigkeit die Gesetzgebung des einzelnen Staates die Antwort zu geben hätte, so ist auch hier der Standpunkt insofern nicht richtig gewählt, als zwar über die Frage, was und wie er strafen will, der Staat zu entscheiden aus eigener Machtvollkommenheit befugt ist, für die Frage, wieweit er seine Strafgewalt ausdehnen will, aber unter allen Umständen den Grundsatz des Völkerrechtes zu beachten hat, dass er damit nicht in den Herrschaftsbereich anderer Staaten eingreifen darf[86]. Stellt man sich dann, wofür unter Ziff. 2 der Beweis geführt wurde, auf den Standpunkt, dass der Begriff der „Denationalisierung" staats- und völkerrechtlich unhaltbar ist, dass mithin der Pirat als solcher — falls er sie nicht, unabhängig hiervon, aus anderen Gründen verloren hat — in jedem Falle die Staatsangehörigkeit des Staates behält, dem er angehört, so folgt daraus, dass, wo nicht etwa Verträge anderes bestimmen, der auf hoher See ergriffene Pirat — darauf kommt es wesentlich an — mangels einer anderen territorialen Grundlage ausschliesslich dem Staate vom strafrechtlichen Gesichtspunkte aus verantwortlich ist, dem er angehört[87]. Der festnehmende Staat erwirbt auch durch die Festnahme nicht etwa einen Rechtstitel, auf den er die Bestrafung gründen könnte, denn die Befugnis, Piraten auf hoher See

[86] In dieser Hinsicht lässt allerdings die Mehrzahl der Gesetzgebungen, vornehmlich die englische und die amerikanische, noch viel zu wünschen übrig. Dass sich hieraus im einzelnen Falle Konflikte ergeben können, liegt auf der Hand.

[87] Hiermit erledigen sich auch die Ausführungen Stiels 15 über die Befugnis des Staates, „kraft seiner völkerrechtlichen Persönlichkeit" Piraten zu bestrafen.

festzunehmen ist eine dem Grundsatze von der Freiheit des offenen Meeres entgegengesetzte, auf Gewohnheitsrecht beruhende Ausnahme, die aus diesem Grunde nur gilt, soweit sie sich unmittelbar nachweisen lässt, aus der aber weitere Konsequenzen nach keiner Richtung hin gezogen werden dürfen.

Auf dem hier eingenommenen Standpunkte steht z. B. mit aller Bestimmtheit auch die deutsche Praxis; die deutschen Bestimmungen für den Dienst an Bord von 1903 schreiben in § 23 Ziff. 28 ausdrücklich vor, dass die Strafgewalt über die von deutschen Kriegsschiffen ergriffenen Seeräuber dem Staate verbleibt, dem das Seeräuberschiff angehört. Dieselbe Anordnung trifft die — noch gültige — vorläufige Instruktion für die Kommandanten deutscher Kriegsschiffe in betreff der Unterdrückung der Seeräuberei in den chinesischen Gewässern vom 20. August 1877[88]; hier ist unmittelbar ausgesprochen, dass die Strafgewalt über die chinesischen Piraten den chinesischen Behörden verbleibt[89] [90]. Dementsprechend ist ferner nach deutschem Rechte, wie ich schon an anderer Stelle[91] ausgeführt habe, der von einem Ausländer auf hoher See verübte Seeraub nur dann strafbar, wenn der Seeraub auf einem deutschen Schiffe, also auf deutschem Staatsgebiete, begangen ist. In allen anderen Fällen, auch wenn das ausländische Seeräuberschiff von einem deutschen Kriegsschiff festgenommen ist, fehlt für die deutschen Strafgerichte die zum Einschreiten erforderliche gesetzliche Grundlage.

---

[88] Abgedruckt bei PERELS 311 ff.

[89] Auch sonst ist gerade in dieser Instruktion die Staatshoheit Chinas in bezug auf chinesische Piraten in hervorragender Weise anerkannt.

[90] Inwiefern die Vorschrift der Instruktion, dass in Fällen, in welchen deutsche und englische Kriegsschiffe auf hoher See gemeinsam Piraten ergriffen haben, die Aburteilung durch das nächste englische Vice-Admiralitätsgericht erfolgen soll, die „wahre völkerrechtliche Rechtslage klar erkennen“ lassen soll, wie STIEL 17[2] behauptet, ist nicht einzusehen.

[91] S. mein Völkerrecht 169[2].

Durch die vorstehenden Ausführungen ist zugleich die Frage beantwortet, ob der Staat, der einen Seeräuber aufgegriffen hat, verpflichtet ist, strafrechtlich gegen ihn vorzugehen. STIEL[92] verneint dies und begründet seine Ansicht mit der „tatsächlichen landesrechtlichen Unzuständigkeit vieler Staaten zur Bestrafung piratischer Akte und aus der Bereitwilligkeit anderer, auch im Falle eigener Zuständigkeit das Auslieferungsverfahren eintreten zu lassen“. Damit ist aber nichts gewonnen; die Frage kann, wenn man als Grundsatz festhält, dass der Pirat auch als solcher seine Staatsangehörigkeit behält, so allgemein überhaupt nicht gestellt werden. Vielmehr muss dann zwischen Staatsangehörigen und Staatsfremden unterschieden werden; über die ersten hat der Staat nach allgemeinen Grundsätzen Strafkompetenz und ihnen gegenüber, wie schon mehrfach betont, auch die Pflicht zu strafen und erforderlichen Falls sein Strafrecht entsprechend auszugestalten, über die andern hat der Staat ohne weiteres keine Strafkompetenz, hier also auch keine Strafpflicht. Dass sich hieraus unter Umständen für das weitere Verfahren gegen Seeräuber, die von einem Staate aufgegriffen sind, dem sie nicht angehören, eine bei der jetzigen Rechtslage nicht auszufüllende Lücke ergibt, wird noch zu erwähnen sein.

Mit meiner Feststellung, dass die Strafverfolgung von Piraten in Deutschland nur in dem Rahmen der §§ 3—8 des Strafgesetzbuches möglich sei, sucht dann STIEL[93] ein Vorgehen auf Grund des Nordseefischereivertrages oder der Kabelkonvention[93a] in Parallele zu stellen. Er behauptet, dass hier die Möglichkeit einer Strafverfolgung an die gleichen Einschränkungen gebunden sei, wie bei einem Einschreiten gegen Seeräuber, dass aber trotz-

---

[92] a. a. O. 15.

[93] a. a. O. 6.

[93a] Das betreffende Reichsgesetz ist übrigens nicht nur, wonach STIEL 6[1] es auffallenderweise zitiert, in MARTENS' Nouveau Recueil Général abgedruckt, sondern auch im deutschen Reichsgesetzblatt (1888, 169) publiziert!

dem die „Zulässigkeit des Eingriffs" (d. h. die Festnahme des Schiffes, das gegen die Vorschriften verstösst) dadurch nicht berührt würde. Diese Gegenüberstellung ist aber unmöglich, weil sowohl in der Kabelkonvention, als im Nordseefischereivertrag die Befugnisse der überwachenden Schiffe zum Einschreiten gegen Schiffe, die sich Verstösse zu Schulden kommen lassen, auch wenn sie nicht dem Staate des überwachenden Schiffes angehören, durch Vertrag genau festgelegt sind, und weil weiterhin — und das ist der wesentliche Punkt — die Strafverfolgung hier in jedem der beteiligten Staaten auf Grund des Vertrages gesichert ist. Es bedarf mithin hier einer Aenderung der §§ 3—8 des Strafgesetzbuches, etwa in der Weise, wie sie der § 5 des Gesetzes über die Bestrafung des Sklavenraubes und Sklavenhandels vom 28. Juli 1895[94] enthält[95], gar nicht weiter; das deutsche Kriegsschiff, das auf Grund des Nordseefischereivertrages ein französisches Schiff aufgreift, gibt die Sache an die zuständigen französischen Behörden ab, die nach dem Vertrage zur Weiterverfolgung der Angelegenheit verpflichtet sind[96]. Die Ausdehnung der Strafzuständigkeit auf Ausländer, die durch den Vertrag ohne weiteres hätte erfolgen können, war in diesem Falle mithin unnötig und zwecklos, weil die Strafverfolgung in den einzelnen Vertragsstaaten anderweit genügend gesichert ist[97]. Diese Sicherung der Strafverfolgung fehlt aber für die aufgegriffenen Piraten gänzlich; nicht nur, dass die Staaten nach ihrer Gesetzgebung hierfür, wie auch Stiel ausführt, tatsächlich fast durchweg nicht zuständig sind[98],

[94] RGBl. 425.

[95] Diese Vorschrift beruht überdies auf der ausdrücklichen Anordnung des Art. 5 Abs. 3 der Antisklavereiakte; sie hat ihren Grund zweifellos in dem Bestreben, das Verfahren abzukürzen und den Schuldigen sicherer der Strafgewalt eines zivilisierten Staates zu unterwerfen. Nötig wäre diese Vorschrift an sich hier ebensowenig gewesen, wie in den beiden anderen hier genannten Verträgen.

[96] Art. 34.

[97] S. hierüber auch mein Völkerrecht 189.

[98] a. a. O. 6, 15; s. auch v. Martitz I, 66[14].

können sie auch nicht ohne weiteres mit ihrem Strafrechte in die Rechtssphäre anderer Staaten eingreifen. Für ihre eigenen Angehörigen die erforderlichen Vorschriften zu erlassen, sind sie allerdings verpflichtet, damit aber hört ihre Kompetenz in dieser Beziehung auf[99].

Somit besteht also keine Schwierigkeit, wenn ein Staat unter den Seeräubern eigene Staatsgehörige aufgreift, die er vor sein Tribunal zur Aburteilung bringt. Anders liegt die Sache bei Fremden, die der Strafgewalt des Ergreifers nicht unterstehen: hier fragt es sich, wie das Verfahren dann zum Abschluss zu bringen ist, und ob der Staat in diesem Falle verpflichtet ist, die ergriffenen Seeräuber auszuliefern. In dieser Beziehung besteht tatsächlich noch eine erhebliche Lücke, die deutlich erkennen lässt, dass die Entwickelung hier noch nicht abgeschlossen ist. Ohne Zweifel ist, dass jeder Staat befugt ist, Seeräuber, die er aufgegriffen hat, ihrem Heimatsstaate auszuliefern; weniger zweifellos ist, ob er in jedem Falle hierzu verpflichtet ist. Stiel[100] behauptet, dass in Ergänzung der fehlenden eigenen Zuständigkeit des Staates eine Auslieferungsverbindlichkeit bestehe, ohne dafür einen Beweis zu erbringen; von anderen Schriftstellern des Völkerrechts wird diese Frage überhaupt nicht berührt. Auch hier lässt sich jedoch ein Rechtssatz des Inhaltes, dass ein Staat in jedem Falle verpflichtet sein sollte, Seeräuber, die er aufgegriffen hat, auszuliefern, nicht nachweisen[101].

Nach durchweg anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen ist zur Ausgestaltung seines Auslieferungsrechtes nach eigenem Ermessen jeder Staat kraft seiner Souveränität befugt[102]; eine allgemeine Verpflichtung zur Auslieferung von Seeräubern über

[99] Von einer „Pflicht“ zur Strafverfolgung von Piraten, die für die Staaten, wie Stiel 15 ausführt, nicht bestehe, kann also schon darum keine Rede sein.

[100] a. a. O. 6.

[101] Nicht hierher gehört die Frage, wieweit etwa Verträge im einzelnen Falle eine solche Verpflichtung festlegen.

[102] S. v. Liszt, Völkerrecht 262 f., Ullmann, Völkerrecht 276.

den Rahmen einzelner Verträge hinaus würde nur dann völkerrechtlich vorhanden sein, wenn sich dieser Satz als Gewohnheitsrecht nachweisen liesse. Das ist aber nicht der Fall. Theoretisch ergibt sich hieraus insofern die schon erwähnte Lücke, als unter Umständen dadurch ein sachgemässer Abschluss des Verfahrens unmöglich werden könnte[103]. In der Praxis wird man in der Regel die Möglichkeit haben, um diesen Punkt herumzukommen; in welcher Weise das geschehen kann, gehört nicht hierher. Dass Auslieferung, wie Nichtauslieferung in der Praxis tatsächlich vorkommen, zeigen einmal die deutschen Bestimmungen für den Dienst an Bord von 1903 und die Instruktion von 1877, die die Uebergabe der Seeräuber an die zuständigen Behörden ohne weitere Förmlichkeiten vorsehen, andererseits das belgische Auslieferungsgesetz von 1868, wonach Piraterie im Sinne des Völkerrechts kein auslieferungsmässiger Tatbestand ist[104].

Ein besonderer Fall bedarf hier noch der Erwähnung: es ist nach dem heutigen Stande des Völkerrechtes denkbar, dass ein Seeräuber die Staatsangehörigkeit seines Heimatstaates verloren hat, ohne eine andere erworben zu haben, und dass er infolgedessen in dem Augenblicke, wo er aufgegriffen wird, nachweisbar einem bestimmten Staate der Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt nicht angehört. In diesem, aber auch nur in diesem Falle, ist dann nach den Grundsätzen zu verfahren, die die herrschende Lehre für die Behandlung der Seeräuber als allgemein giltig hinzustellen sucht: der Staat hat dann nicht nur die gewohnheitsrechtlich anerkannte Befugnis zur Festnahme des Piraten, sondern auch die unbeschränkte Strafkompetenz. Das hat seinen Grund aber auch dann nicht darin, dass der Pirat durch das Delikt „denationalisiert" ist, sondern darin, dass er in diesem Falle von vornherein eine Staats-

[103] Schon deshalb kann man nicht, wie STIEL es tut, auf den seepolizeilichen Tatbestand der Piraterie ausschliesslich Wert legen.

[104] Vgl. v. MARTITZ, Rechtshilfe II, 682.

angehörigkeit überhaupt nicht besessen hat. Aus diesem Grunde liegt auch in dem strafrechtlichen Einschreiten hier keine Verletzung der Souveränität eines andern Staates: vielmehr hat die Tatsache, dass sein früherer Heimatsstaat für den ehemaligen Staatsangehörigen nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann, zur Folge, dass dieser dem Zugriffe des Staates unterliegt, in dessen Hände er fällt. Völkerrechtliche Verpflichtungen irgend welcher Art bestehen in solchen Fällen für den Ergreifer nicht; er kann hier ganz nach eigenem Ermessen handeln[105].

Die vorstehenden Ausführungen konnten nur kurz skizziert werden; insbesondere war mir die Beibringung von Material aus ausländischen Gesetzgebungen der Kürze der Zeit wegen nicht möglich. Immerhin werden die hier ausgesprochenen Gedanken, die sich zum grossen Teil aus der logischen Entwickelung allgemeiner staats- und völkerrechtlicher Grundsätze ergeben, zeigen, dass mit der gegenwärtig herrschenden Ansicht über den Seeraub und seine juristische Konstruktion nicht weiter zu kommen ist. Fasst man die hier hervorgehobenen Gesichtspunkte noch einmal zusammen, so ergibt sich, dass der von der herrschenden Meinung behauptete, von den landesrechtlichen Umgrenzungen dieses Begriffes abweichende „völkerrechtliche" Tatbestand des Seeraubes nicht existiert, desgleichen, dass der Begriff der „Denationalisierung" von Schiff und Mannschaft juristisch nicht zu konstruieren ist. Damit fällt die Behauptung, dass der Ergreifer ohne weiteres zur Bestrafung der Piraten zuständig ist; lediglich die eine Annahme der herrschenden Lehre, dass jeder Staat berechtigt sei, Piraten festzunehmen, findet eine positive Grundlage darin, dass sich hierfür die Bildung eines Gewohnheitsrechtes nachweisen lässt, das entgegen den sonst geltenden völkerrecht-

[105] Voraussetzung wäre allerdings, dass ihm seine Gesetzgebung die nötigen Handhaben zu einem Einschreiten bietet; nach deutschem Rechte wäre zur Zeit ein strafrechtliches Vorgehen in einem solchen Falle unmöglich.

lichen Grundprinzipien in dieser Richtung aus reinen Zweckmässigkeitsgründen eine Ausnahme geschaffen hat.

Nicht übersehen darf übrigens bei der Lehre vom Seeraube werden, dass, soweit Seeraub heutzutage überhaupt noch vorkommt, er in der Regel durch die Untertanen von Staaten verübt wird, die der Völkerrechtsgemeinschaft nicht angehören. In diesen Fällen aber hat jeder Staat, der mit solchen Seeräubern zusammenstösst, für sein Vorgehen vollkommen freie Hand; die Dinge würden hier praktisch ebenso liegen, wie bei Seeräubern, die keine Staatsangehörigkeit besitzen. Die oben entwickelten Grundsätze würden nur dann Geltung haben, wenn Untertanen solcher Staaten in Frage kämen, deren Zugehörigkeit zur Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannt ist (etwa China). Für die Praxis wird die Sache hierdurch unter Umständen nicht unerheblich vereinfacht; das Vorgehen in solchen Fällen steht aber dann ebensowenig unter völkerrechtlichen Grundsätzen, wie etwa die Kriegführung gegen Wilde. Soweit die Lehre vom Seeraube aber darauf Anspruch erhebt, dem Völkerrechte anzugehören, darf sie sich nicht mit der Phrase begnügen, dass der Pirat ein „hostis humani generis“ und darum vogelfrei sei; das widerspricht modernen Rechtsanschauungen und steht ausserdem mit der Praxis nach mehr als einer Richtung hin in Widerspruch.

Amt, Selbstverwaltung und juristische Person.

Von

Geheimrat Dr. E. Hölder, Professor in Leipzig.

Die folgenden Ausführungen sind veranlasst durch Otto Mayers dankenswerte Besprechung meines Buches über natürliche und juristische Personen in diesem Archive (20 S. 590 ff.), zu deren Inhalt an demselben Orte Stellung zu nehmen er mir freundlichst gestattet hat. Er hat es in seiner Besprechung als Publizist mit mir als einem in das publizistische Gebiet übergreifenden Zivilisten zu tun. Wie aber ihm das zivilistische Fach keineswegs fremd ist, so habe auch ich schon vor Jahrzehnten mich mit publizistischen Fragen beschäftigt (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 26 S. 617 ff.), und wo es Grundproblemen der ganzen Rechtswissenschaft gilt, da kann nicht die eine Auffassung derselben zivilistisch und die andre publizistisch richtig sein. Wer solche Probleme behandelt, muss für die von ihm gefundenen Begriffe sich eine eigene Terminologie schaffen, da die hergebrachte Terminologie der Fachwissenschaft sich vorwiegend auf das einzelne Fach beschränkt. Er kann es dabei nicht vermeiden, Ausdrücke, die der fachmännischen Terminologie angehören, in weiterem Sinne zu gebrauchen; sind sie doch im Gebiete des Rechts mehr als sonst zugleich Ausdrücke des Lebens und andrer Wissenschaften, deren Verwendung in weiterem als

dem technischen Sinne des bestimmten Faches auch der Fachmann nicht vermeiden kann. So ist es auch dem Zivilisten nicht möglich, die Bezeichnung der Bedingung ausschliesslich in dem Sinne zu gebrauchen, den sie als ein zivilistischer Kunstausdruck hat. Ist es ihm gestattet, eine Bezeichnung, die nicht ausschliesslich dem Zivilrechte angehört, in einem weiteren als ihrem spezifisch zivilistischen Sinne zu gebrauchen, so ist es ihm auch gestattet, eine dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, aber nicht ausschliesslich diesem angehörende Bezeichnung in einem weiteren Sinne zu gebrauchen, als die Fachmänner des öffentlichen Rechts. Zu dieser Bemerkung gibt mir Anlass das verschiedene Verhalten OTTO MAYERs zu zwei von mir über die Grenzen hinaus, die man ihnen als juristischen Kunstausdrücken zu ziehen pflegt, verwendeten Bezeichnungen. Meine Bestimmung der Vertretung als einer Sorge für andre ist, wie OTTO MAYER (S. 591) mit Recht sagt, „für die Anschauungen des Verfassers von grosser Wichtigkeit". Bedenken gegen diese Bestimmung äussert er nicht, scheint sie also nicht für unzulässig zu halten, wenngleich sie weit über den fachmännischen Vertretungsbegriff der Rechtswissenschaft, insbesondere der Privatrechtswissenschaft hinausgeht. Dagegen meint er (S. 594): „den schlimmsten Stand werden wir haben mit dem vom Verfasser so ausgiebig verwerteten Begriff des Amtes, den er zum Schluss noch einmal dem öffentlichen Recht zuschiebt. Das ist bei uns doch ein ziemlich fester Begriff geworden, in den sich Monarchen, Eltern, Stadtverordnete, Vereinsmitglieder nicht einfügen lassen. Kein öffentliches Amt ohne förmliche Dienstpflicht, davon können wir wohl nicht abgehen"[1]. O. M. fügt hinzu, die auf dem Boden

[1] Wenn O. M. sagt, „bei uns" sei der Amtsbegriff ein ziemlich fester und ein solcher geworden, der nicht gestatte, dass „wir" die Existenz eines Amtes „ohne förmliche Dienstpflicht" annehmen, so sollte man denken, diese „wir" seien alle Männer seines Faches. Wenn aber z. B. LABAND (Staatsr. I 4. Aufl. S. 338) das Staatsamt als einen durch das öffentliche Recht be-

des Zivilrechts gewachsenen Aemter des Vormunds u. s. w. seien wieder ganz andrer Art. Dass sie von andrer Art sind als andre Aemter, wird niemand bestreiten. Dass sie aber von **ganz** andrer Art sein sollen, als alle andren Aemter, erscheint befremdlich. Nennen wir und nennt insbesondere das Gesetz die Vormundschaft ein Amt, so geschieht dies, um sie zu charakterisieren; man kann sie aber durch diese Bezeichnung nicht charakterisieren, ohne dadurch auszudrücken, dass ihr mit den Dingen, denen sonst diese Bezeichnung zukommt, ein Moment gemeinsam ist, und zwar ein solches, auf das diese Bezeichnung hindeutet. Hätte die Vormundschaft mit dem, was man im öffentlichen Rechte ein Amt nennt, nichts gemein, so wäre ihre Bezeichnung als eines solchen schlechthin verfehlt und irreführend. Wollte man entgegnen, dass sie dem Privatrechte angehöre und dass für dieses der Begriff des Amtes ein ganz andrer sein möge als für das öffentliche Recht, so wäre zu erwidern, dass wer die Vormundschaft ein Amt nennt, damit gerade ausdrücken will, dass sie keinesfalls ausschliesslich dem Privatrechte angehört. Ein privatrechtlicher Amtsbegriff ist ein Unding. Was von Rechts wegen meines Amtes ist oder mir von Amts wegen zusteht und obliegt, das ist nie ausschliesslich eine Sache meiner privaten Berechtigung und Verpflichtung. Wenn O. M. meinen Amtsbegriff einen solchen nennt, den ich dem öffentlichen Rechte **zuschiebe**, so scheint mir unzweifelhaft, dass, wenn der Amtsbegriff überhaupt ein Rechts-

---

stimmten Kreis von staatlichen Geschäften bestimmt, so enthält diese Bestimmung nichts von der Notwendigkeit einer förmlichen Dienstpflicht des Amtsträgers, und mit Unrecht erklärt er MAYERs Bestimmung für eine solche, die von der seinigen wohl nicht erheblich abweiche, da jene „ebenfalls die Begrenzung der Amtsgeschäfte durch das **öffentliche** Recht . . . betonen will“. LABAND betont (S. 339), dass zu einem Amte „auch ein entsprechender Kreis von öffentlichrechtlichen Befugnissen, eine **Amtsgewalt**“ gehöre, die nicht existiere ohne Amtspflicht. Diese für jeden Träger eines Amtes gegebene Amtspflicht ist aber keineswegs identisch mit MAYERs Dienstpflicht.

begriff ist, er nur ein Begriff des öffentlichen Rechtes sein kann. Wo ein Amt ist, da ist amtliche Berechtigung und Verpflichtung, die sich als öffentlich rechtliche dadurch kennzeichnet, dass die Berechtigung nicht um des Berechtigten willen und nicht ohne seine Verpflichtung existiert. Kein Amt ohne Amtspflicht, mit der aber keineswegs notwendig eine rechtliche Verantwortlichkeit verbunden ist. Wenn O. M. den Satz: „kein öffentliches Amt ohne förmliche Dienstpflicht", als etwas bezeichnet, wovon „wir wohl nicht abgehen können", so geht er aus von der Identifizierung des Amtsträgers und des Beamten. Doch hat weder jeder Beamte ein Amt noch ist jeder, der ein Amt hat, ein Beamter. Den ersten Satz wird O. M. selbst nicht bestreiten. Um nur ein Beispiel hervorzuheben, so ist sicher ein Beamter ohne Amt der vom König von Preussen zum Regierungsrat Ernannte, aber noch nicht vom Minister einer bestimmten Regierung Ueberwiesene. Ebensowenig wird O. M. bestreiten, dass es amtliche Zuständigkeiten und Obliegenheiten solcher Menschen gibt, die keine Beamte sind. Soll man hier zwar von amtlicher Kompetenz, von Amtsgewalt, aber nicht von einem Amte reden dürfen? Eine solche Unterscheidung wäre nicht nur wunderlich, sondern auch einem Sprachgebrauch zuwider, der, wie unter den Laien, so nicht minder unter den Juristen herrscht. Hat wegen seiner Unverantwortlichkeit oder mangelnden Dienstpflicht der Monarch kein Amt[2], so muss dasselbe gelten nicht nur von den Königen des alten Rom, sondern auch von ihren Nachfolgern, den Magistraten, für die keine Dienstpflicht und, solange ihre Stellung dauerte, keine Verantwortlichkeit bestand. Jedermann nennt aber die römischen Magistraturen Aemter, und THEODOR MOMMSEN trägt in seinem Abriss des römischen Staatsrechts nicht das mindeste Bedenken, unter den einzelnen Aemtern nach einander das König-

[2] Der deutsche Kaiser ist gleichfalls ohne Dienstpflicht, was LABAND nicht hindert, zu erklären, sein Titel sei ein Amtstitel (Staatsr. 4. Aufl. I S. 204).

tum, die republikanischen Magistraturen und den Prinzipat abzuhandeln. Desgleichen hätte nach O. M. wegen seiner mangelnden Dienstpflicht der Papst kein Amt, und doch behandeln die Lehrbücher des Kirchenrechts (z. B. Friedberg, viertes Buch, zweites Kapitel) seine Stellung unter den kirchlichen Aemtern. Ebenso „können wir wohl nicht abgehen“ von der jedem Juristen geläufigen Bezeichnung des Richteramts, die nichts zu tun hat mit der seinem Träger möglicherweise, aber keineswegs notwendig zukommenden Eigenschaft als eines Beamten.

Neben meinem Amtsbegriffe erwähnt O. M. als einen mir eignen meinen Begriff der Selbstverwaltung. Leider geht er auf ihn nicht ein, sondern bemerkt nur, er habe früher eine ähnliche Auffassung gehabt, sie aber infolge einer überzeugenden Kritik LABANDS[3] aufgegeben. Dessen Auffassung geht dahin, dass Selbstverwaltung die durch die oberste Macht einem untergeordneten politischen Körper übertragene oder überlassene Verwaltung ist. Subjekt der Selbstverwaltung, sagt er, sei ein politischer Körper, und zwar ein solcher, der auch von einer höheren Macht verwaltet werden könnte, dem aber diese gestattet habe, sich selbst zu verwalten (Staatsr. 1. Aufl. I S. 104). Jener „politische Körper“ wird also als ein solcher vorausgesetzt, der auch ohne die durch die höhere Macht ihm verliehene Selbstverwaltung existiert, ohne dass ersichtlich wäre, was für eine Existenz ihm ohne diese zukommt. Sind aber nicht als Subjekte der Selbstverwaltung vielmehr die Menschen zu denken, deren Angelegenheiten die Gegenstände der in Frage stehenden Verwaltung sind? Gehen wir davon aus, so versteht sich von selbst, dass die Selbstverwaltung nie eine ausschliessliche, sondern stets nur eine Be-

[3] Seine Ausführungen sind an verschiedenen Orten, insbesondere in verschiedenen Auflagen seines Staatsrechts nicht ganz dieselben. Sie sind am ausführlichsten in dessen erster Auflage, und wir halten uns an diese, auf die LABAND noch in der neuesten Auflage (4. A. S. 98 unten) ausdrücklich verweist.

teiligung an der bestimmten Verwaltung ist. Soweit mir meine Angelegenheiten ganz zu eigner Besorgung überlassen sind, ist diese keine Verwaltung im Sinne des Rechts. Zwischen diesem Falle und dem Fall einer solchen amtlichen Verwaltung einer Angelegenheit, woran die Menschen, deren Angelegenheit sie ist, lediglich als Objekte fremder Fürsorge beteiligt sind, liegt in der Mitte der Fall, dass an der amtlichen Verwaltung einer Angelegenheit die Menschen, deren Angelegenheit sie ist, aus diesem Grunde irgendwie beteiligt sind, sei es unmittelbar oder mittelbar.

Nach Laband und O. M. hängt der Begriff des „Selbstverwaltungskörpers“ eng zusammen mit dem Begriffe der juristischen Person. Sie nennen Selbstverwaltungskörper die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes mit Ausnahme des Staates, obgleich sie sehr verschieden und keineswegs immer so organisiert sind, dass die Menschen, für die durch ihre Verwaltung gesorgt wird, an ihr mitwirken oder auf sie Einfluss haben. Der Ruf nach einem möglichst grossen Masse von Selbstverwaltung bedeutet aber nichts anderes, als den Wunsch möglichst umfassender Beteiligung der Menschen, deren Angelegenheiten eine Verwaltung zum Gegenstande hat, an dieser. Sie kann sehr verschieden gestaltet sein; ob und inwieweit sie aber besteht, hat nichts zu schaffen mit dem Begriffe der juristischen Person. Ist der Kreis eigenen Vermögens fähig, also eine juristische Person, steht aber den durch seine Verwaltung zunächst berührten Kreiseingesessenen keinerlei Einfluss auf sie zu, so ist er nicht ein Sitz irgendwelcher Selbstverwaltung, was er dagegen ist, wenn er zwar eine juristische Person nicht ist, aber den Kreiseingesessenen Einfluss auf seine Verwaltung zusteht. Ebenso findet im Gebiete der Rechtsprechung Selbstverwaltung statt, wenngleich wir hier diesen Kunstausdruck nicht gebrauchen, weil wir die Rechtsprechung der Verwaltung im engeren Sinne entgegensetzen, wenn den Menschen, für die das Gericht zuständig ist, irgend welche Beteiligung an seiner Rechtsprechung, insbesondere Einfluss auf seine Besetzung zusteht.

Dient eine Stiftung der Sorge für bestimmte Bedürfnisse, so besteht in ihrem Gebiet Selbstverwaltung, soweit auf ihre Verwaltung die Menschen Einfluss haben, um deren Bedürfnisse es sich handelt. Gemeindeverwaltung ist nicht deshalb Selbstverwaltung, weil die Gemeinde ein eigner „politischer Körper" ist, sondern sie ist es insoweit, als die Menschen auf sie Einfluss haben, deren Angelegenheiten durch sie besorgt werden. Selbstverwaltung und Staatsverwaltung sind nicht Gegensätze, sondern die Staatsverwaltung ist insoweit Selbstverwaltung, als an ihr die an ihren Gegenständen vor andren interessierten Menschen beteiligt sind. Da die Angelegenheiten des Staates als solche Angelegenheiten seiner Angehörigen sind, und da die Beteiligung, die an einer Verwaltung den vor andren an ihr interessierten Menschen zusteht, sowohl bezüglich ihres eignen Umfangs als bezüglich der Menschen, denen sie zukommt, sehr verschieden abgegrenzt sein kann, so handelt es sich bei der Bezeichnung der Selbstverwaltung überhaupt nicht um einen scharfen juristischen Begriff. Aufgekommen ist sie bei uns als ein politisches Schlagwort [4], das gleich andren in sehr verschiedenem Sinn verwendet wird. Wollen wir in der Wissenschaft von einer solchen Bezeichnung nicht ganz absehen, was nicht möglich ist, wenn sie im politischen Leben eine solche Bedeutung hat wie jene, so müssen wir ihren Sinn genauer zu bestimmen suchen unter möglichster Festhaltung dessen, worauf die eigentliche Zugkraft der Bezeichnung als eines politischen Schlagworts beruht. Wäre durch LABANDs Bestimmung der Kern dessen gegeben, was das Schlagwort der Selbstverwaltung bezeichnet, so wäre das Streben nach Selbstverwaltung nichts andres, als ein Streben nach Dezentralisation. Je mehr innerhalb eines Staates grössere und kleinere Gebiete aller Art eine eigene Ver-

[4] Dieses Schlagwort ist eine Uebertragung der englischen Bezeichnung des selfgovernment, die selbst wieder verschiedene Bedeutungen hat, aber sich keinesfalls mit jener deutschen Bezeichnung deckt.

waltung haben, desto mehr Selbstverwaltung würde existieren unabhängig von der Organisation jener Verwaltungen. Das Streben nach Selbstverwaltung ist aber weder ein blosses Streben nach Dezentralisation noch überhaupt notwendig ein Streben nach solcher. Würde im preussischen Universitätswesen eine Dezentralisation eingeführt, wodurch die zur Zeit dem Ministerium zukommenden Kompetenzen den Kuratoren der einzelnen Universitäten als selbständigen Verwaltern des bestimmten Amtsgebiets übertragen würden, so wäre dies kein Fortschritt akademischer Selbstverwaltung. Ein solcher wäre es dagegen, wenn bestimmte bisher dem Minister oder auch den Kuratoren der einzelnen Universitäten zustehende Kompetenzen einer Konferenz der Universitätsrektoren übertragen würden, da diese sowohl selbst Universitätsangehörige als von solchen gewählt sind. Der Professor ist sowohl Universitätsangehöriger als Staatsbeamter. Der Student ist nur jenes. Und wer würde nicht die Beteiligung eines Studentenausschusses an der Universitätsverwaltung als ein Stück akademischer Selbstverwaltung ansehen unabhängig davon, ob es sich um einen für die einzelne Universität kompetenten Ausschuss aus ihren Studenten oder um einen allgemeinen für alle preussischen Universitäten kompetenten Studentenausschuss handeln würde. Es wäre dadurch akademische Selbstverwaltung oder ein Einfluss der cives academici auf die Universitätsverwaltung auch dann gegeben, wenn jenem Ausschuss nur eine unmassgebliche Beratung der Behörden, also keine eigne Kompetenz und damit keinerlei juristische Persönlichkeit zukäme.

Dass Dezentralisation etwas anderes ist als Selbstverwaltung, betont Laband selbst, aber von seinem Standpunkt aus mit Unrecht. Dass es in seinem Sinne keine Selbstverwaltung ohne Dezentralisation gibt, wird Laband nicht bestreiten; sind doch nach ihm Gegenstände jener solche Angelegenheiten, die der Staat durch einen Selbstverwaltungskörper besorgen lässt, während er sie selbst besorgen könnte, was stets nur von bestimmten beson-

deren Angelegenheiten und nicht von den allgemeinsten Staatsangelegenheiten gelten kann, deren Verwaltung notwendig unmittelbare Staatsverwaltung ist. Etwas andres als Dezentralisation soll aber Selbstverwaltung deshalb sein, weil sie nicht Staatsverwaltung, sondern staatlich angeordnete oder gestattete Verwaltung durch einen dem Staat untergeordneten „politischen Körper“ sei. Dabei bleibt aber unklar, wann ein solcher Körper existiert. Er soll namentlich bestehen „in der Gestalt der juristischen Personen des öffentlichen Rechts“. LABAND (a. a. O. S. 102 f.) rühmt es als ein Verdienst LORENZ V. STEINS, den Begriff des Verwaltungskörpers entwickelt und dessen öffentlich rechtliche Persönlichkeit als begriffliches Erfordernis desselben dargetan zu haben. Er nennt aber dieses Resultat teils verdüstert teils in seinem Wert verkümmert durch STEINS Behandlung der Selbstverwaltungskörper. Sehen wir von dieser ab und halten wir uns an LABAND als den einflussreichsten Staatsrechtslehrer der Gegenwart, dessen Auffassung auch in diesem Punkte herrschend geworden ist, so finden wir bei ihm keine sichere Auskunft darüber, wodurch der engere Begriff des Selbstverwaltungskörpers sich vom weiteren Begriffe des Verwaltungskörpers unterscheidet, da LABAND die nach ihm jenem wesentliche öffentlich rechtliche Persönlichkeit auch schon diesem zuschreibt.

LABAND betont (a. a. O. S. 103 Note 1), dass „zu den besten Erörterungen über das Wesen der Selbstverwaltung gehören“ die kurzen Ausführungen von ERNST MEIER in HOLTZENDORFFS Encyclopädie. MEIER steht aber nicht auf LABANDS Standpunkt. Er erklärt (4. Aufl. I S. 1093), „dass für die Selbstverwaltung im deutschen Sinne die Wahl, im Gegensatz zur Ernennung, der entscheidende Punkt ist“; und er gibt dafür die Begründung, dass „der Wille und das Interesse des Distrikts dabei zum Ausdruck gebracht werden sollen“. Er fügt hinzu (S. 1094), dass „der wesentliche Charakter aller Kommunalverwaltung, Finanzverwaltung“ und zwar „wesentlich direkte Steuerverwaltung“ ist. Er folgert

daraus, „dass die Kommunalverfassung d. h. der Anteil der Eingesessenen an der Gemeindegewalt nur hergestellt werden kann durch die Repräsentation der Steuerzahler, und zwar in strenger Verhältnismässigkeit von Rechten und Pflichten nach dem Massstabe der Steuerzahlung selbst“. So sieht er das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung nicht in der Eigenschaft der Gemeinde als einer sich selbst verwaltenden juristischen Person, sondern in der Eigenschaft der Gemeindeangehörigen als solcher, die in den Angelegenheiten der Gemeinde etwas zu sagen haben, weil dieselben ihre Angelegenheiten sind, und insbesondere in Beziehung auf die Kosten der Gemeindeverwaltung deshalb etwas zu sagen haben, weil diese Kosten sie selbst treffen. Er betont zugleich sehr mit Recht die Schwäche der Selbstverwaltung, die in der Gefahr besteht, dass die um ihres Interesses willen zur Teilnahme an der Verwaltung Berufenen sich mehr durch jenes leiten lassen als durch das von Rechts wegen für jede Verwaltung vor allem massgebende allgemeine Interesse, weshalb, um dieses nicht zu kurz kommen zu lassen, „diese Selbstverwaltungsbehörden . . . . . überall staatlich umrahmt und durchdrungen werden“ (S. 1095).

Es gibt keine reine Selbstverwaltung, und es macht für die Eigenschaft eines Verwaltungsgebietes als des Gebietes einer eignen juristischen Person keinen Unterschied, ob und inwieweit es ein Gebiet der Selbstverwaltung ist. Unstreitig besteht im Fall der Existenz einer vom Staate verschiedenen juristischen Person des öffentlichen Rechtes eine besondre vom Gebiete der allgemeinen Staatsverwaltung verschiedene Verwaltung. Eine andre Frage ist es dagegen, ob durch die Existenz einer solchen besondren Verwaltung die Existenz einer vom Staate verschiednen juristischen Person des öffentlichen Rechtes gegeben ist. Verstehen wir diese im Sinne des BGB., wonach zwar ihre Existenz auf dem öffentlichen Rechte beruht, aber die Bedeutung ihrer Existenz die privatrechtliche ist, dass

sie als Subjekt privater Rechtsverhältnisse gilt, so ist nicht schon durch die Existenz einer besonderen Verwaltung die Existenz einer besondren juristischen Person des öffentlichen Rechts gegeben. Bezeichnet man dagegen, wie LABAND im Anschluss an LORENZ STEIN tut, „die öffentlich rechtliche (juristische) Persönlichkeit des Verwaltungskörpers“ — und nur diese — „als begriffliches Erfordernis desselben“, unterscheidet man also eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche juristische Persönlichkeit in der Weise, dass keine von beiden die andre in sich schliesst, so bedeutet die verschiedne Kompetenz verschiedner Behörden als solche die Existenz verschiedner juristischer Personen des öffentlichen Rechtes. Hat doch jede einen besonderen Kreis der durch sie wahrzunehmenden Rechte und Pflichten. Freilich sollen diese Rechte und Pflichten nicht die ihrigen, geschweige denn solche der an ihr beteiligten Menschen sein, sondern solche des Staates, dem gegenüber „die Behörde nur etwa die Bedeutung wie ein Rad oder eine Schraube an einer Maschine“ habe. (LABAND Staatsr. 4. Aufl. I S. 340.) Verhält sie sich aber zum Staate wie das Rad oder die Schraube zur Maschine, so verhält sie sich zu ihm als ein Bestandteil von selbständiger Bedeutung, der freilich im Dienste des Ganzen und damit der Zwecke steht, denen dieses dient. Was LABAND (S. 339) betont, „dass niemals eine Behörde dem Staate gegenüber ein selbstständiges Recht hat“, versteht sich von selbst, da sie nicht anders existiert als von Staats wegen. „Nur den Untertanen gegenüber“, sagt LABAND (S. 300), „erscheint die Behörde als Subjekt von Hoheitsrechten, indem sie gewissermassen die konkrete Manifestation des Staates darstellt und mit dem Staate selbst identisch wird“. Nun haben aber doch verschiedene Staatsbehörden verschiedene staatliche Rechte und Pflichten wahrzunehmen, und wenn sie in Wahrnehmung derselben einander gegenübertreten, kann nicht davon die Rede sein, dass sie als identisch mit dem Staate gelten. Schreiben wir dem Staate als einem solchen, der

durch seine Organe seinen Untertanen gegenübertritt, eine öffentlich rechtliche Persönlichkeit zu, so müssen wir auch da, wo verschiedene Staatsorgane einander gegenübertreten, eine Mehrheit juristischer Personen des öffentlichen Rechtes annehmen, die einander selbständig gegenüberstehen, wenngleich ihre Persönlichkeit nicht eine selbständige ist neben der öffentlich rechtlichen Persönlichkeit des Staates. Während diese heutzutage vielen als das Fundament des Staatsrechts gilt, kannte man früher und kennt ebenso das BGB. juristische Personen nur als Privatrechtssubjekte; insbesondere versteht es unter juristischen Personen des öffentlichen Rechtes nur solche Gebilde desselben, die privatrechtsfähig sind. Als ein Privatrechtssubjekt gilt namentlich auch der Staat, wobei wieder die doppelte Auffassung möglich ist, dass er gleich einem Menschen als dieselbe Person Subjekt öffentlich rechtlicher und privatrechtlicher Verhältnisse ist, oder dass von einander verschiedene Personen sind der Staat als Subjekt der Staatsgewalt und der Staat als Privatrechtssubjekt. Während heutzutage die erste Auffassung vorwiegt, bezeichnet § 89 BGB. als juristische Person des öffentlichen Rechts nicht den Staat, sondern den Fiskus, dessen Unterscheidung als eines Privatrechtssubjektes vom Staate als dem Subjekte der Staatsgewalt auf der Annahme beruht, dass die jenen Namen führende privatrechtliche Person eine andre ist, als die den Namen des Staates führende öffentlich rechtliche Person. Die nach der Verfassung des Staates bestimmten Menschen zukommende Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung staatlicher Rechte und Pflichten ist stets eine öffentlich rechtliche [5]. Dagegen sollen diese Rechte und Pflichten selbst teils öffentlich rechtliche, teils private sein, je nachdem sie

[5] Wenngleich LABAND erklärt, Subjekte der durch die Staatsbehörden wahrzunehmenden Rechte und Pflichten seien weder diese selbst noch die an ihnen beteiligten Menschen, so sagt er doch auch: „Jeder, der amtliche Funktionen wahrzunehmen hat, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde, hat Amtspflichten und Amtsrechte" (Staatsr. 4. Aufl. I S. 404 Note 2).

dem Staate in seiner Eigenschaft als Subjekt der Staatsgewalt oder in seiner Eigenschaft als Fiskus zukommen. Als Subjekt der Staatsgewalt soll er über dem Menschen stehen. Als Fiskus soll er dagegen dem Menschen gleichstehen und gleich diesem Subjekt privater Rechtsverhältnisse sein. Wenn nach Ulpian (l, 1 § 1 D. de iust. et iur. 1, 1) vom ius publicum, das ad statum rei Romanae spectat, das privatum sich dadurch unterscheidet, dass es ad singulorum utilitatem spectat, so soll im Gegensatz zum Staat als dem Subjekte der Staatsgewalt der Fiskus neben den singuli als ihresgleichen stehen oder selbst zu ihnen gehören. Dass er in Beziehung auf die Realisierung seiner Rechte und Verbindlichkeiten behandelt wird, wie wenn er zu ihnen gehörte, trifft heutzutage zu. Nach römischem Rechte bestand diese Gleichstellung nicht. Sie bestand keineswegs vollständig für den kaiserlichen fiscus, dessen Subjekt doch in gewissem Sinne ein Einzelner war. Und sie bestand nicht für die Rechte und Verbindlichkeiten des populus Romanus gegenüber Einzelnen, deren Realisierung nebst der Entscheidung über ihre Existenz dem zuständigen magistratus zukam. Wenn heutzutage sowohl bezüglich der Kompetenz der Gerichte zur Entscheidung über ihre Existenz als bezüglich der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in Staatsvermögen bestimmte staatliche Rechte und Verbindlichkeiten solchen Einzelner gleichstehen, so folgt doch daraus, dass sie in dieser Beziehung privaten gleichstehn, noch nicht, dass sie private sind. Das Privatrecht dient der utilitas seines Subjektes als einer solchen, die verschieden ist von der utilitas andrer; die private Verbindlichkeit liegt ihrem Subjekte ob im Gegensatze zu andren. Jeder Einzelne hat ein Gebiet seines Wohls und Leidens, das abgegrenzt ist vom Gebiete des Wohls und Leidens andrer. Der Staat hat aber kein vom Gebiete des Wohls und Leidens der an ihm beteiligten Menschen abgegrenztes Gebiet seines Wohls und Leidens. Jedem am Staate beteiligten Menschen kommt nach Massgabe

seiner Teilnahme am Staate zu, was dem Staate zukommt; jedem entgeht, was dem Staate entgeht.

Hätten bestimmte Rechte und Verbindlichkeiten des Staates im Gegensatze zu andren wirklich die Eigenschaft privater, so müssten sie solche sein, die für die am Staate beteiligten Menschen nicht existieren. Das private Vermögen des Staates müsste ein von Rechts wegen seinen Angehörigen fremdes, seine privaten Lasten müssten solche sein, die von Rechts wegen seine Angehörigen nicht treffen. In Beziehung auf die Beteiligung der Staatsangehörigen an dem Vermögen und den Lasten des Staates besteht aber keinerlei Unterschied zwischen solchen Rechten und Verbindlichkeiten des Staates, die bezüglich ihrer Realisierung privaten gleichstehen, und andren. Die staatliche Kontraktsforderung gilt als privatrechtliche, die Steuerforderung als öffentlichrechtliche. Es ist auch zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied sowohl bezüglich ihres Grundes als bezüglich ihrer Realisierung. Es besteht aber kein Unterschied bezüglich ihres Zweckes. Jede Forderung besteht um des Zweckes willen, den ihre Realisierung befriedigt oder fördert. Das Geld, das der Staat bekommt durch die Realisierung einer Kontraktsforderung, ist gleich dem Gelde, das er bekommt durch die Realisierung einer Steuerforderung, bestimmt zur Verwendung für die Förderung des Wohles der jetzt und in Zukunft am Staate beteiligten Menschen. Darum nennt auch jedermann die Staatsgelder ohne Rücksicht darauf, aus welchem Rechtsgrunde sie dem Staate zugekommen sind, öffentliche Gelder. Wer sich an ihnen vergreift, entzieht etwas dem Staate und damit allen am Staate beteiligten Menschen. Fehlt es an hinreichenden Staatsgeldern für die Erfüllung einer Staatsaufgabe, so muss sie entweder unerfüllt bleiben, müssen also die Staatsangehörigen der durch ihre Erfüllung gegebenen Förderung ihres Wohls entbehren, oder müssen die dazu erforderlichen Gelder durch die Staatsangehörigen aufgebracht werden.

Während aber das Staatsgeld zur Verwendung für die Be-

dem Staate in seiner Eigenschaft als Subjekt der Staatsgewalt oder in seiner Eigenschaft als Fiskus zukommen. Als Subjekt der Staatsgewalt soll er über dem Menschen stehen. Als Fiskus soll er dagegen dem Menschen gleichstehen und gleich diesem Subjekt privater Rechtsverhältnisse sein. Wenn nach Ulpian (l, 1 § 1 D. de iust. et iur. 1, 1) vom ius publicum, das ad statum rei Romanae spectat, das privatum sich dadurch unterscheidet, dass es ad singulorum utilitatem spectat, so soll im Gegensatz zum Staat als dem Subjekte der Staatsgewalt der Fiskus neben den singuli als ihresgleichen stehen oder selbst zu ihnen gehören. Dass er in Beziehung auf die Realisierung seiner Rechte und Verbindlichkeiten behandelt wird, wie wenn er zu ihnen gehörte, trifft heutzutage zu. Nach römischem Rechte bestand diese Gleichstellung nicht. Sie bestand keineswegs vollständig für den kaiserlichen fiscus, dessen Subjekt doch in gewissem Sinne ein Einzelner war. Und sie bestand nicht für die Rechte und Verbindlichkeiten des populus Romanus gegenüber Einzelnen, deren Realisierung nebst der Entscheidung über ihre Existenz dem zuständigen magistratus zukam. Wenn heutzutage sowohl bezüglich der Kompetenz der Gerichte zur Entscheidung über ihre Existenz als bezüglich der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in Staatsvermögen bestimmte staatliche Rechte und Verbindlichkeiten solchen Einzelner gleichstehen, so folgt doch daraus, dass sie in dieser Beziehung privaten gleichstehn, noch nicht, dass sie private sind. Das Privatrecht dient der utilitas seines Subjektes als einer solchen, die verschieden ist von der utilitas andrer; die private Verbindlichkeit liegt ihrem Subjekte ob im Gegensatze zu andren. Jeder Einzelne hat ein Gebiet seines Wohls und Leidens, das abgegrenzt ist vom Gebiete des Wohls und Leidens andrer. Der Staat hat aber kein vom Gebiete des Wohls und Leidens der an ihm beteiligten Menschen abgegrenztes Gebiet seines Wohls und Leidens. Jedem am Staate beteiligten Menschen kommt nach Massgabe

seiner Teilnahme am Staate zu, was dem Staate zukommt; jedem entgeht, was dem Staate entgeht.

Hätten bestimmte Rechte und Verbindlichkeiten des Staates im Gegensatze zu andren wirklich die Eigenschaft privater, so müssten sie solche sein, die für die am Staate beteiligten Menschen nicht existieren. Das private Vermögen des Staates müsste ein von Rechts wegen seinen Angehörigen fremdes, seine privaten Lasten müssten solche sein, die von Rechts wegen seine Angehörigen nicht treffen. In Beziehung auf die Beteiligung der Staatsangehörigen an dem Vermögen und den Lasten des Staates besteht aber keinerlei Unterschied zwischen solchen Rechten und Verbindlichkeiten des Staates, die bezüglich ihrer Realisierung privaten gleichstehen, und andren. Die staatliche Kontraktsforderung gilt als privatrechtliche, die Steuerforderung als öffentlichrechtliche. Es ist auch zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied sowohl bezüglich ihres Grundes als bezüglich ihrer Realisierung. Es besteht aber kein Unterschied bezüglich ihres Zweckes. Jede Forderung besteht um des Zweckes willen, den ihre Realisierung befriedigt oder fördert. Das Geld, das der Staat bekommt durch die Realisierung einer Kontraktsforderung, ist gleich dem Gelde, das er bekommt durch die Realisierung einer Steuerforderung, bestimmt zur Verwendung für die Förderung des Wohles der jetzt und in Zukunft am Staate beteiligten Menschen. Darum nennt auch jedermann die Staatsgelder ohne Rücksicht darauf, aus welchem Rechtsgrunde sie dem Staate zugekommen sind, öffentliche Gelder. Wer sich an ihnen vergreift, entzieht etwas dem Staate und damit allen am Staate beteiligten Menschen. Fehlt es an hinreichenden Staatsgeldern für die Erfüllung einer Staatsaufgabe, so muss sie entweder unerfüllt bleiben, müssen also die Staatsangehörigen der durch ihre Erfüllung gegebenen Förderung ihres Wohls entbehren, oder müssen die dazu erforderlichen Gelder durch die Staatsangehörigen aufgebracht werden.

Während aber das Staatsgeld zur Verwendung für die Be-

die Gleichstellung der staatlichen Kontraktsforderung im Gegensatze zur Steuerforderung mit einer privaten, aber keineswegs unerlässlich. So steht dadurch, dass die Gehaltsforderungen der Staatsdiener gerichtlich geltend gemacht werden können, die Verbindlichkeit des Staats zu deren Befriedigung einer privaten gleich trotz ihres dem Privatrechte fremden Grundes.

Besteht so die Gleichstellung des Staates mit Einzelnen bezüglich bestimmter ihm zukommender Rechte und Verbindlichkeiten in der gleichen Entscheidungsmacht der staatlichen Gerichte und Zwangsmacht der staatlichen Vollstreckungsorgane, so fragt sich, ob denn dem Staate dasselbe Verhältnis zu seinen Gerichten und Vollstreckungsorganen zukommen kann wie einem Einzelnen. Wer in dem durch die Verwalter der Rechtspflege vertretenen Staat eine andre Person sieht als in dem durch die Verwalter des Staatsvermögens vertretenen Fiskus, kann es verstehen, dass im Prozesse dieser Partei ist und jener die Macht der Entscheidung und des Zwanges hat. Ist es dagegen derselbe Staat, dessen Rechtspflege die einen und dessen Vermögen die andren Staatsorgane verwalten, so fragt sich, wie er im Prozesse die doppelte Rolle einesteils einer Partei, andernteils des Subjektes der richterlichen und Vollstreckungsgewalt haben könne. Sind sowohl die Verwalter der staatlichen Rechtspflege als die Verwalter des Staatsvermögens Staatsorgane, so haben sie sämtlich Staatsinteressen wahrzunehmen. Es sind aber verschiedene Staatsinteressen von verschiedenem Range, deren Wahrnehmung verschiednen Staatsorganen zukommt. Die Existenz zur Verfolgung der Staatsaufgaben bereitstehenden Vermögens ist ein Interesse, dessen Wahrnehmung den Verwaltern des Staatsvermögens zukommt. Ein Interesse, dessen Wahrnehmung nicht kraft eigner Initiative, aber auf Verlangen der Beteiligten den Zivilgerichten zukommt, ist die Realisierung der durch die staatliche Rechtsordnung gegebenen vermögensrechtlichen Beziehungen verschiedener Menschen. Meistens handelt es sich dabei um pri-

vate Interessen der sie durch Anrufung des Gerichtes wahrnehmenden Menschen. Ich kann aber ein bestimmtes Interesse durch Anrufung des Gerichtes auch wahrnehmen als ein solches, dessen amtliche Wahrnehmung mir zukommt. Steht in einem Zivilprozesse ein Verwalter staatlichen Vermögens einem Privaten gegenüber, so nimmt dieser sein privates, jener ein staatliches Interesse wahr. Durch die Kompetenz der Gerichte zur Schlichtung des Konfliktes dieser Interessen ist das staatliche Vermögensinteresse ein solches, das auf gleicher Stufe steht mit dem Vermögensinteresse des Einzelnen und gleich diesem untergeordnet ist dem höheren Interesse des Staates daran, dass im Konflikte verschiedener vermögensrechtlicher Interessen das besser berechtigte siege, ohne dass dafür die Eigenschaft des einen Interesses als eines staatlichen und des andren als eines privaten Bedeutung hätte. Wie so der Konflikt staatlicher und privater Vermögensinteressen eines gerichtlichen Austrags fähig ist, so kann desselben auch der Konflikt verschiedener durch verschiedene Staatsorgane wahrzunehmender staatlicher Vermögensinteressen fähig sein. Verfügen verschiedene staatliche Verwaltungen von Rechts wegen über verschiedene Mittel, so ist die Frage, ob über bestimmte Mittel die eine oder die andre verfügt und ob vielleicht die eine aus den Mitteln, über die sie verfügt, etwas an die andre zu leisten und damit auf Kosten des von ihr wahrzunehmenden Staatsinteresses zur Förderung des durch die andre wahrzunehmenden beizutragen hat, eine Frage ihrer beiderseitigen Zuständigkeit und Obliegenheit. Einen in dieser Beziehung zwischen ihnen entstehenden Konflikt zu schlichten kann Sache einer höheren Verwaltungsinstanz sein. Es kann aber auch dessen Schlichtung gleich der Schlichtung eines privaten Interessenkonflikts den Gerichten zukommen, und nichts andres bedeutet es, wenn das durch ein bestimmtes Staatsorgan verwaltete Vermögen einer vom Staate verschiednen juristischen Person des öffentlichen Rechtes zugeschrieben wird. Damit ist nicht gesagt, dass die bestimmte

Verwaltung keine Staatsverwaltung und das bestimmte Vermögen kein Staatsvermögen wäre. Es ist aber damit gegeben eine solche Sonderstellung der bestimmten Verwaltung und des bestimmten Vermögens, dass seine Abgrenzung nicht nur gegen das Vermögen Einzelner, sondern auch gegen das allgemeine Staatsvermögen und gegen das Vermögen, worüber andre staatliche Sonderverwaltungen gebieten, ein möglicher Gegenstand gerichtlicher Entscheidung ist. Für jeden Zweig der Staatsverwaltung kann, wenn bezüglich desselben andre Staatsorgane kompetent sind als bezüglich andrer Zweige und bezüglich der allgemeinen Staatsverwaltung, diese Behandlung platzgreifen. Ob sie für einen bestimmten Verwaltungszweig platzgreift, ist eine im Zweifel zu verneinende Frage des positiven Rechts.

O. M. erklärt (S. 590 unten), der Schwerpunkt meines Werkes liege in der Darstellung der juristischen Persönlichkeit, der die Lehre von den natürlichen Personen vorausgeschickt sei, um für jene die massgebenden Gesichtspunkte zu gewinnen. Doch habe ich die Bedeutung, die der Persönlichkeit des Menschen zukommt, nicht nur um der juristischen Personen willen, sondern auch um ihrer selbst willen untersucht. Man pflegt heute anzunehmen, die Persönlichkeit im Sinne des Rechtes oder Rechtsfähigkeit sei unabhängig von der Handlungsfähigkeit. Person oder Rechtssubjekt sei der Mensch als ein solcher, um dessen willen Rechte existieren, also das neu geborne Kind genau ebenso wie der Erwachsene. Träfe dies zu, so hätten die Rechte, die man einer juristischen Person zuschreibt, die Menschen zu Subjekten, um deren willen die juristische Person besteht. Jede juristische Person besteht um der Menschen willen, deren Wohl zu fördern der Zweck ihres Daseins ist. Wenn man sagt, diese Menschen seien nicht Subjekte der ihr zugeschriebenen Rechte, weil sie nicht bestimmte Menschen und vielfach noch nicht existierende Menschen seien, so ist nicht abzusehen, warum Rechte nicht sollten um unbestimmter und um zukünftiger Menschen willen

bestehen können. Die Ausübung von Rechten kann nur bestimmten bereits existierenden Menschen zustehen. Wird sie aber vom Rechte so unterschieden, dass sie zwar um des Berechtigten willen oder zur Förderung seines Wohls, aber keineswegs notwendig durch ihn selbst erfolgt, so erfordern Rechte, um zum Besten ihrer Subjekte ausgeübt werden zu können, nicht deren Bestimmtheit und gegenwärtige Existenz, sondern nur die Bestimmtheit und gegenwärtige Existenz von Menschen, denen ihre Ausübung zukommt. Diese vertreten jene. Das BGB. gebraucht die Bezeichnung der Vertretung ausschliesslich für das Handeln „im Namen der Vertretenen" (§ 164 I), das nur möglich ist im Namen einer bestimmten bereits existierenden Person. Dagegen gebraucht es in weitrer Bedeutung die Bezeichnung des Vertreters. Der gesetzliche Vertreter des BGB. handelt keineswegs stets im Namen des Vertretenen. Ein solcher ist der Pfleger, und das BGB. kennt sowohl Pfleger noch nicht existierender als Pfleger unbekannter oder ungewisser Personen. Der Pfleger nimmt stets, wenn nicht das Interesse bestimmter Individuen, so doch (ausser im Falle des § 1914) individuelle Interessen wahr. Der zivilprozessualen Wahrnehmung sind aber auch solche Interessen fähig, die überhaupt nicht individuelle Interessen sind. Und zwar liegen für die zivilprozessualische Behandlung die zwei Fälle gleich, ob es sich um die Interessen unbestimmter existierender Individuen oder um solche Interessen handelt, die überhaupt nicht individuelle Interessen sind. Die Wahrnehmung der einen wie der anderen kann nur erfolgen durch jemand, dem sie als amtliche zukommt, und das Gericht kann über die Berechtigung des durch ihn wahrgenommenen Interesses nicht entscheiden ohne Anerkennung seiner amtlichen Zuständigkeit. Und in beiden Fällen entsteht dieselbe Schwierigkeit bezüglich der Bestimmung der Prozesspartei. Vertritt jemand im Prozesse eine bestimmte existierende Person, so gilt nicht er, sondern sie als die Partei. Vertritt er eine unbestimmte oder

Verwaltung keine Staatsverwalt...
kein Staatsvermögen wäre. E...
Sonderstellung der bestimm...
Vermögens, dass seine A...
mögen Einzelner, sondern
mögen und gegen das Ver...
verwaltungen gebieten...
Entscheidung ist. Für
wenn bezüglich dessel...
als bezüglich andrer Z...
verwaltung, diese Be...
stimmten Verwaltun...
verneinende Frage...

O. M. erklärt
kes liege in der I...
die Lehre von d...
für jene die mas...
ich die Bedeutun...
nicht nur um d...
ihrer selbst w...
die Persönlich...
unabhängig ...
subjekt sei d...
existieren, a...
wachsene.
juristischen
deren will...
son best...
der Zwe...
seien ni...
nicht b...
Mensch...
sollten

... der Frag...
auch die Fra...
... Interessen
... Interessen
... ob sie den ...
... andre führen
... nichts ...
... über den
... fehlen, ...
... des best...
... dessen Subjekt ...
... Betracht kommt. D...
... unbestimmter M...
... oder nicht ...
... Staatsorgan ...
... öffentliche Int...

also nach dem eignen Willen
en individuellen Interessen vor-
Zivilgerichten kommt zu die
er Interessen, die einander prin-
en wahr das öffentliche Interesse
onfliktes und an dem Siege des nach
ser berechtigten Interesses. So wenn
privater Interessen handelt. Soweit
die Schlichtung eines Konfliktes pri-
nteressen, sind dadurch die einen und die
zipiell einander gleichstehen. Das öffent-
s Staatsorgans mit einem Privaten durch
ommene Interesse ist ein höheres als die
und dem Staatsorgan im Prozesse wahrge-
en, von denen das zweite zwar gleichfalls ein
em solches ist, dass es nicht schon wegen die-
dem privaten vorgeht. Dass im Prozesse eines
einem Privaten der Richter als Staatsorgan gleich-
Fall kommen kann, zu Ungunsten wie zu Gunsten
er des ihn vertretenden Staatsorgans zu entschei-
arauf, dass dieses solche Staatsinteressen wahrnimmt,
ndividuellen Interesse gleichstehen und gleich ihm
net sind dem höheren, durch das Gericht wahrzuneh-
Staatsinteresse. Was so gilt vom Konflikt staatlicher
ter Vermögensinteressen, das gilt ebenso vom Konflikte
lner staatlicher Vermögensinteressen, deren Wahrneh-
verschiedenen Staatsorganen in der Weise zukommt, dass
s Vertreter verschiedener juristischer Personen gelten. Einer
sanstalt kann juristische Persönlichkeit beigelegt werden
jede Aenderung ihrer Eigenschaft als einer Staatsanstalt
d der Eigenschaft ihrer Verwaltung als einer staatlichen. Ob
n Rechts wegen über bestimmte Mittel ihr Vorstand oder der
Träger eines andern Amts gebietet u. dgl., ist eine Frage, die

noch nicht existierende Person, so kann dieser nicht im Prozesse die Rolle zukommen, die sonst auch einer durch einen andren vertretenen Partei zukommt; vielmehr können die der Partei zukommenden Funktionen nur zukommen der allein bestimmten Person, die das bestimmte Interesse als amtlicher Vertreter seines Subjektes wahrnimmt. Dagegen hat die Entscheidung Rechtswirkung für die Person, die sich als Subjekt jenes Interesses ergibt. Hat ein Nachlasspfleger oder ein Pfleger des § 1913 prozessiert für die unbestimmten Nachlassbeteiligten oder an der sonstigen Angelegenheit, für die er zum Pfleger bestellt ist, Beteiligten, so hat das durch oder gegen ihn erwirkte Urteil Rechtswirkung für sie. Im Prozesse hat es aber der Gegner und das Gericht nicht mit ihnen zu tun, sondern nur mit dem Pfleger als der zur amtlichen Wahrnehmung des bestimmten Interesses, unabhängig davon, wessen Interesse es ist, berufenen Person. Wenn hier die Person, deren Interesse im Prozesse wahrgenommen wird, der Bestimmung weder bedarf noch fähig ist, so ist für seine Führung und Entscheidung gleich der Frage, um wessen individuelles Interesse es sich handelt, auch die Frage gleichgültig, ob es sich überhaupt um individuelle Interessen handelt, vielmehr allein entscheidend, ob das bestimmte Interesse der amtlichen gerichtlichen Wahrnehmung fähig ist, und ob sie den Menschen zukommt, die den Prozess führen oder durch andre führen lassen.

Während also sonst für einen Zivilprozess nichts unerlässlicher ist als die Bestimmtheit der Parteien, über deren Interessen in ihm entschieden wird, so kann sie fehlen, wenn er durch jemand, dem die amtliche Wahrnehmung des bestimmten Interesses zukommt, geführt wird für dessen Subjekt als ein solches, dessen Bestimmtheit nicht in Betracht kommt. Dieses Interesse kann sein ein individuelles Interesse unbestimmter Menschen. Es kann aber auch sein ein öffentliches oder nicht individuelles Interesse. Ein solches nimmt jedes Staatsorgan wahr. Das von einem Staatsorgane wahrgenommene öffentliche Inter-

esse kann aber von Rechts wegen, also nach dem eignen Willen des Staats ein solches sein, das den individuellen Interessen vorgeht oder nur gleichsteht. Den Zivilgerichten kommt zu die Schlichtung des Konflikts solcher Interessen, die einander prinzipiell gleichstehen. Sie nehmen wahr das öffentliche Interesse an der Beseitigung dieses Konfliktes und an dem Siege des nach dem Rechte des Staates besser berechtigten Interesses. So wenn es sich um einen Konflikt privater Interessen handelt. Soweit ihnen auch überwiesen ist die Schlichtung eines Konfliktes privater und öffentlicher Interessen, sind dadurch die einen und die andren solche, die prinzipiell einander gleichstehen. Das öffentliche im Prozess eines Staatsorgans mit einem Privaten durch das Gericht wahrgenommene Interesse ist ein höheres als die von dem Privaten und dem Staatsorgan im Prozesse wahrgenommenen Interessen, von denen das zweite zwar gleichfalls ein öffentliches, aber ein solches ist, dass es nicht schon wegen dieser Eigenschaft dem privaten vorgeht. Dass im Prozesse eines Staatsorgans mit einem Privaten der Richter als Staatsorgan gleichmässig in den Fall kommen kann, zu Ungunsten wie zu Gunsten des Staats oder des ihn vertretenden Staatsorgans zu entscheiden, beruht darauf, dass dieses solche Staatsinteressen wahrnimmt, die einem individuellen Interesse gleichstehen und gleich ihm untergeordnet sind dem höheren, durch das Gericht wahrzunehmenden Staatsinteresse. Was so gilt vom Konflikt staatlicher und privater Vermögensinteressen, das gilt ebenso vom Konflikte verschiedner staatlicher Vermögensinteressen, deren Wahrnehmung verschiedenen Staatsorganen in der Weise zukommt, dass sie als Vertreter verschiedener juristischer Personen gelten. Einer Staatsanstalt kann juristische Persönlichkeit beigelegt werden ohne jede Aenderung ihrer Eigenschaft als einer Staatsanstalt und der Eigenschaft ihrer Verwaltung als einer staatlichen. Ob von Rechts wegen über bestimmte Mittel ihr Vorstand oder der Träger eines andern Amts gebietet u. dgl., ist eine Frage, die

auch dann auftaucht, wenn sie nicht eine juristische Person ist. Was allein von dieser Eigenschaft abhängt, ist die Möglichkeit der Entscheidung solcher Fragen im Wege des Zivilprozesses. Auch die Frage, was der einen und der andren statio fisci zukommt, ist eine Rechtsfrage. Im Wege des Zivilprozesses lässt sich aber der Streit darüber, was der einen oder der andren öffentlichen Kasse zukommt, nur austragen, wenn eine von ihnen die Kasse einer besondren juristischen Person des öffentlichen Rechtes ist. Gilt dies auch von der andren, so spricht man von einem Prozesse zweier vom Staate verschiedener juristischer Personen. Gilt es von der andren nicht, so spricht man von einem Prozesse zwischen dem Staate uud einer andren juristischen Person. Dadurch aber, dass z. B. einem Staatsgymnasium juristische Persönlichkeit beigelegt wird, hört es nicht auf, eine Staatsanstalt zu sein. Seine Kasse hört dadurch nicht auf, eine staatliche Kasse zu sein. Die rechtlichen Beziehungen seiner Kasse zur Staatskasse sind rechtliche Beziehungen einer staatlichen Spezialkasse zur allgemeinen Staatskasse, die nicht erst durch die Erhebung des Gymnasiums zur juristischen Person möglich geworden, aber dadurch zu solchen geworden sind, die Gegenstand eines Zivilprozesses zwischen den Vertretern des Gymnasiums und des Fiskus sein können. Sowohl die einen als die andren nehmen ein staatliches Interesse wahr oder sind Vertreter des Staates gleich dem ihren Streit entscheidenden Richter. Jeder Vertreter des Staats ist als solcher auch ein Vertreter aller am Staate beteiligten Menschen. Dass dadurch bei Prozessen von Staatsorganen gegen Einzelne wie bei Prozessen von Staatsorganen gegen einander demselben oder denselben Menschen eine Beteiligung sowohl am einen als am andren der gegen einander geltend gemachten Interessen zukommt, kann ebenso da vorkommen, wo diese gegen einander geltend gemacht werden als private Interessen. So kann an einem Nachlasse, in dessen Angelegenheiten sein Verwalter gegen mich prozessiert, ich selbst, und

können an zwei Nachlässen, deren Verwalter gegen einander prozessieren, dieselben Personen beteiligt sein. Ueberall, wo ein bestimmtes Interesse amtlich geltend gemacht wird unabhängig von seiner Eigenschaft als Interesse eines bestimmten Menschen, ist die für den Prozess erforderliche Verschiedenheit der Parteien gegeben durch die Verschiedenheit der Person, die es amtlich wahrnimmt, und der Person, die das entgegengesetzte Interesse sei es als ihr individuelles Interesse oder gleichfalls amtlich wahrnimmt.

Wenn O. M. sagt, dass ich meinen Amtsbegriff dem öffentlichen Rechte zuschiebe, so wüsste ich in der Tat nicht, wie meine amtliche Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung eines bestimmten Interesses nicht dem öffentlichen Rechte angehören sollte. Gewiss gibt es nicht nur öffentliche Beamte, sondern auch Privatbeamte. Es gibt aber kein privates Amt im Sinne amtlicher Kompetenz. Was jemand als Privatbeamter kann und soll, das kann er als Bevollmächtigter und soll er als Beauftragter (im weiteren Sinne) dessen, dessen Beamter er ist. Auch was ein öffentlicher Beamter kann und soll, das kann und soll er vielfach lediglich als Bevollmächtigter und Beauftragter andrer. Was dagegen der Träger eines öffentlichen Amtes, z. B. des Richteramtes, kann und soll kraft seiner amtlichen Kompetenz, sei er nun ein Beamter oder nicht, das kann er kraft eigener Berechtigung, die ihm aber nicht zusteht um seiner selbst willen, und das schuldet er nicht seinen Vorgesetzten, die er als Beamter haben kann aber nicht haben muss, sondern dem Gemeinwesen, dessen Amt er verwaltet und damit den am Gemeinwesen beteiligten Menschen. Ueber sie hat er amtliche Macht und ihnen schuldet er amtliche Sorge. Er hat seine amtliche Berechtigung nicht ohne amtliche Verpflichtung, deren Erfüllung aber seinem pflichtmässigen Ermessen anheimgegeben ist. Ein Richter, der seines Richteramtes nachlässig gewaltet und dadurch einen Prozess unrichtig entschieden hat, kann von niemand da-

für zur Rechenschaft gezogen werden. Er hat aber seine Pflicht gegen den Staat verletzt und damit gegen alle am Staat beteiligten Menschen als solche, die an der richtigen Ausübung der staatlichen Rechtspflege interessiert sind, sowie insbesondre gegen die durch seine Nachlässigkeit unterlegene Partei, der zum Siege zu verhelfen er amtlich verpflichtet war. Der Richter, der aus Nachlässigkeit falsch entscheidet, hat sowohl das allgemeine Interesse an richtiger Entscheidung der Prozesse als das individuelle Interesse der unterlegenen Partei an ihrem Siege pflichtwidrig verletzt. Dass er dadurch eine dieser gegenüber ihm obliegende Amtspflicht verletzt hat, erkennt auch § 839 BGB. dadurch an, dass seinem ersten Absatze, der für den Fall einer solchen Verpflichtung die Verbindlichkeit des Schadensersatzes bestimmt, ein zweiter folgt, der davon eine Ausnahme macht für den Fall der „bei dem Urteil in einer Rechtssache“ verletzten Amtspflicht. Die Amtspflicht könnte aber nicht einem bestimmten an ihrer Ausübung nach bestimmter Richtung interessierten Menschen gegenüber bestehen, wenn sie nicht überhaupt als Pflicht gegen das Gemeinwesen auch eine Pflicht gegen die an ihm beteiligten Menschen wäre. Der Richter hat als Richter lediglich die Pflicht, nach Kräften dem Rechte gemäss zu verfahren. Seine Pflicht, der Partei zum Siege zu verhelfen, auf deren Seite die vom Rechte bestimmten Bedingungen desselben in einer für ihn erkennbaren Weise vorliegen, ist keine besondre Pflicht neben jener, sondern lediglich ein Teil jener. Nur weil er jene Pflicht gegen alle am Staate beteiligten Menschen als solche hat, an deren Erfüllung sie interessiert sind, hat er auch gegen die am Ausgang des Prozesses individuell interessierten Menschen die Pflicht, ihnen zum Siege zu verhelfen, wenn dessen Bedingungen für sie zutreffen.

Dadurch, dass jedes Amt im Dienste des allgemeinen Interesses steht, ist nicht ausgeschlossen, dass es zugleich im Dienste individueller Interessen stehen kann, wie denn das Richteramt

zugleich den individuellen Interessen der Parteien dient. In der Regel stehen Staatsorgane im Dienste individueller Interessen nur, soweit deren Subjekte dies verlangen. Davon bestehen aber Ausnahmen. Das Amt des Vormunds oder Pflegers steht im Dienste der individuellen Interessen des Mündels oder Pfleglings, deren Wahrnehmung jenem deshalb zukommt, weil dieser nicht in der Lage ist, sie selbst wahrnehmen zu können. Ist aber die Vormundschaft und Pflegschaft wirklich ein Amt? Unterscheidet sie nicht sich von einem solchen dadurch, dass sie eine privatrechtliche Macht und Pflicht ist, und dass die sogenannte Amtspflicht des Vormunds nicht, wie jede wirkliche Amtspflicht, dem Gemeinwesen, sondern lediglich dem Mündel und Pflegling gegenüber besteht? Wenn wir aber sagen, der Vormund nehme die privaten Rechte des Mündels als dessen Vertreter wahr, so ist doch keinesfalls die ihm zukommende Macht ihrer Wahrnehmung eine privatrechtliche; sie teilt mit jeder amtlichen Macht das Merkmal, dass sie ihm nicht zusteht um seiner selbst willen und untrennbar verbunden ist mit der Verpflichtung, zu dem Zweck, um dessen willen sie besteht, davon Gebrauch zu machen. Dieser Zweck ist die Wahrnehmung der Interessen des Mündels. Warum aber kommt sie ihm zu? Weil der Mündel ein Mensch ist, dem nicht wie andren das Gemeinwesen die Wahrnehmung seiner Interessen überlassen kann. Nicht deshalb bleibt in der Regel jedem die Wahrnehmung seiner Interessen überlassen, weil sein Wohl dem Gemeinwesen gleichgültig wäre, sondern weil jeder am besten selbst für seine individuellen Bedürfnisse sorgt, die nebst den Mitteln zu ihrer Befriedigung kein andrer so kennen kann wie er selbst. Kann dagegen ein Mensch, weil seine Individualität noch nicht genügend oder nicht normal entwickelt ist, für seine individuellen Bedürfnisse nicht selbst sorgen, so ist es ein Interesse des Gemeinwesens, dass dafür andre Menschen sorgen. Die Wahrnehmung dieses öffentlichen Interesses kommt dem Vormunde zu, der durch Pflichtverletzung mit dem ihm an-

vertrauten Interesse des Mündels das öffentliche Interesse der Fürsorge für die Unmündigen verletzt, wie der pflichtwidrig zu Ungunsten einer Partei erkennende Richter sowohl deren individuelles durch die Erhebung des Prozesses ihm anvertrautes Interesse als das öffentliche Interesse an richtiger Rechtsprechung verletzt. Heutzutage wird dem Vormunde wie dem Richter sein Amt durch ein andres Organ des Gemeinwesens übertragen. Die Amtsnatur seiner Stellung würde aber auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass sie, wie nach römischem Rechte, ihm durch Testament übertragen wäre. Darin liegt kein Widerspruch dagegen, dass es kein privates Amt gibt. Hat der individuelle Wille rechtliche Geltung nur als ein solcher, dem der Gemeinwille rechtliche Geltung verleiht, so kann ihm dieser auch solche verleihen in einer Angelegenheit, die zwar eine individuelle Angelegenheit der bestimmten Person, aber nicht ausschliesslich eine solche, sondern zugleich eine öffentliche Angelegenheit ist.

Ein durch Privatwillenserklärung begründetes ist das Amt des Testamentsvollstreckers. Er hat Interessen der verschiedenen am Nachlass beteiligten Personen wahrzunehmen. Vor allem hat er aber, woher sein Name rührt, wahrzunehmen das Interesse an der Ausführung des Testamentes. Dieses Interesse ist ein individuelles Interesse des Testators. Da es aber seine Befriedigung erst finden kann nach dessen Tode, ist eine rechtliche Sichrung seiner Befriedigung nur möglich in der Weise, dass für seine Befriedigung zu sorgen einem den Testator überlebenden Menschen von Amts wegen zukommt. Wodurch hat er die Macht, dafür zu sorgen? Er hat sie durch den Willen des Verstorbenen, der ihm aber solche Macht nicht hätte verleihen können, wenn ihn nicht das Gesetz mit dieser Fähigkeit ausgestattet hätte. Wem schuldet er die Sorge für die Ausführung des Testamentes? Man kann sagen, er schulde sie dem Verstorbnen oder seinem Andenken. Ich kann aber einer Person nichts schulden, die nicht mehr existiert, und wenn ich etwas

schulde im Interesse der Ausführung ihres Willens, so schulde ich es dem Gemeinwesen als einem an der Ausführung der Testamente Verstorbener interessierten und zugleich insbesondre den an der Ausführung des bestimmten Testamentes besonders interessierten Angehörigen des Gemeinwesens.

Gleich der Uebertragung eines Amtes durch fremden individuellen Willen ist nicht undenkbar seine Uebernahme kraft eignen Willens. Nur die Annahme amtlicher Macht und Pflicht gestattet, wie ich in meinem Buche gezeigt habe (S. 320 ff.), eine befriedigende Behandlung des Sammelvermögens, über das seine Verwalter Macht haben, ohne sie um ihretwillen zu haben, und dessen bestimmungsgemässe Verwendung sie schulden, ohne dass bestimmte Menschen sie von ihnen verlangen könnten.

Unter den Menschen, denen mit mir ein Amt zuzuschreiben nicht angehen dürfte, nennt O. M. auch die Eltern. Ich habe betont, dass ihre Macht über ihre Kinder keineswegs nur eine amtliche ist, weil sie ihnen auch um ihrer selbst willen zukommt. Die römische patria potestas war überhaupt keine amtliche, weil das mit ihr verbundene officium nicht als Rechtspflicht galt. Von ihr unterscheidet sich die heutige elterliche Gewalt namentlich dadurch, dass sie erlischt, wenn das Kind des elterlichen Schutzes nicht mehr bedarf. Dass sie sowohl Recht als Pflicht ist, spricht das BGB. (§ 1627) ausdrücklich aus. Es schreibt ihrem Subjekte ebenso wie dem Vormunde das Recht und die Pflicht zu, für die Person und das Vermögen zu sorgen (§ 1793). Ist das Recht des Vormundes überhaupt kein Privatrecht, so ist das elterliche Recht nicht ausschliesslich ein solches. Im Begriffe des Rechtes, für eine Person zu sorgen, liegt seine Existenz um dieser Person willen, während im Begriffe des Privatrechtes liegt seine Existenz um seines Subjektes willen. Gleich dem Vormunde nehmen die Eltern durch ihre Sorge für das Kind mit dessen Interesse das Interesse des Gemeinwesens daran wahr, dass für das Kind als einen solchen Menschen gesorgt

werde, der nicht selbst für sich sorgen kann. Auch das Eigentum hat man schon ein Amt genannt wegen der dem Eigentümer obliegenden sittlichen Pflicht seiner dem gemeinen Besten möglichst gemässen Verwendung. Für das Eigentum hat jene Bezeichnung keine juristische Berechtigung, weil diese Pflicht keine Rechtspflicht ist. Dagegen hat sie Berechtigung für die Stellung der Eltern, wie sie Berechtigung hat für die Stellung des Monarchen, dem gleich jenen seine Stellung zwar auch, aber nicht nur um seiner selbst willen zukommt. Wir sprechen von einem Amte und einer Amtspflicht des Fürsten, wenngleich deren Erfüllung ganz seinem Ermessen anheim gegeben ist. Von den Eltern gilt dies nicht. Sie haben über sich zwar nicht in demselben Umfange, wie ein Vormund, aber doch in vielen Beziehungen, das Vormundschaftsgericht als ein solches, dessen Kompetenz über der ihrigen steht.

Neben dem Monarchen und den Eltern nennt O. M. als Personen, denen man nicht mit mir ein Amt zuschreiben könne, Stadtverordnete und Vereinsmitglieder. Warum soll man aber die Berechtigung jener und die ihr doch gewiss entsprechende Verpflichtung, davon zum Besten der Stadt Gebrauch zu machen, nicht eine amtliche nennen dürfen geich der entsprechenden Berechtigung und Verpflichtung der Reichs- und Landtagsabgeordneten? Mehr als irgend etwas andres wird Lesern, die mein Buch nicht kennen, an OTTO MAYERS Mitteilungen aus dessen Inhalt auffallen, dass ich auch Vereinsmitgliedern ein Amt zuschreibe. Er erwähnt, dass ich unterscheide egoistische und altruistische Vereine und nur für diese die Macht der Mitglieder über das Vereinsvermögen als eine amtliche bezeichne. Er bemerkt, von diesem Standpunkt aus finde ich es „mit Recht unbegreiflich, wie das BGB. § 33 den Mitgliedern eine Aenderung des Vereinszwecks gestatten kann“ (S. 593). Es wäre mir von Wert gewesen, wenn O. M. seine eigne Ansicht über die Berechtigung dieser gesetzlichen Bestimmung geäussert hätte. Man sollte denken, es sei

nicht schwer, sie als verfehlt zu erkennen. Ein Verein wird gegründet zum Zwecke der Unterhaltung eines öffentlichen Lesezimmers und einer jedermann zugänglichen Bibliothek. Mit Rücksicht auf seinen gemeinnützigen Zweck erhält er reiche Zuwendungen sowohl von Geldern als von Büchern. Inzwischen greift bei seinen Mitgliedern mehr und mehr die Ueberzeugung Platz, dass der Wert der durch ihn verbreiteten Volksbildung überwogen werde durch ihre Gefahren. Sie beschliessen nun einstimmig, dass von jetzt an die Benützung seines Lesezimmers und seiner Bibliothek nur noch seinen Mitgliedern zustehen, oder auch, dass jenes eingehen, diese verkauft werden und von jetzt an der Verein dem Zwecke dienen soll, studierenden Söhnen seiner Mitglieder Stipendien zu gewähren. Wenn dies, wie § 33 bestimmt, möglich ist, so ist es den Vereinsmitgliedern nicht nur gestattet, das dem Vereine um seines von ihren individuellen Interessen verschiedenen Zweckes willen Zugewendete diesem zu entfremden und für ihre individuellen Interessen zu verwenden, sondern es ist ihnen auch möglich, die Bestimmung illusorisch zu machen, durch die das Gesetz selbst einen Unterschied macht zwischen Vereinen, die ausschliesslich den Interessen ihrer Mitglieder dienen, und andren. Sie bezieht sich auf das Vermögen des erloschenen Vereins, das nach § 45 im ersten Fall seinen letzten Mitgliedern, im zweiten dem Fiskus anheimfällt. Dass im Falle der Auflösung des Vereins seine sämtlichen Mitglieder sein Vermögen lieber selber haben, als an den Fiskus fallen lassen wollen, ist gewiss nichts Unerhörtes. Sind sie durch seinen bisherigen, jenseits ihrer individuellen Interessen liegenden Zweck vom Erwerb seines Vermögens ausgeschlossen, so besteht für ihren vereinigten Willen keinerlei Hindernis dagegen, dass sie anstatt jenes Zweckes ihm einen andren Zweck geben, der ausschliesslich ihren Interessen dient, und ihn dann auflösen mit der Wirkung, dass ihnen sein Vermögen zufällt.

Dass die über das Vermögen eines altruistischen Vereins

gebietenden Menschen darüber nicht als über ihr Privatvermögen, sondern von Amts wegen gebieten, wird man eher als bezüglich der Vereinsmitglieder anzunehmen geneigt sein bezüglich des Vereinsvorstandes. Er ist aber lediglich ein Bevollmächtigter und Beauftragter der Vereinsmitglieder, wenn er überhaupt von ihnen verschieden ist. Er kann auch mit ihnen identisch sein. Nehmen wir einen dörflichen Kirchenbauverein, von dessen vielleicht stets wenigen Mitgliedern etwa bei einem bestimmten Unglücksfalle alle umgekommen sind ausser den drei Mitgliedern, die mit einander den Vereinsvorstand bilden. Als kollegialer Vereinsvorstand waren sie sich bewusst, über das Vereinsvermögen zu verfügen als ein fremdes und zugleich ein solches, bezüglich dessen sie Vollmacht haben durch den widerruflichen Willen der Mitglieder. Besteht nun nicht nur der Vereinsvorstand, sondern auch der ganze Verein lediglich aus ihnen, so ist die Verschiedenheit der Personen, aus denen der eine und der andre bestand, weggefallen und sie fühlen sich nicht mehr als Bevollmächtigte, deren Vollmacht widerrufen werden kann. Werden sie aber aufhören, sich des Vereinsvermögens als eines solchen bewusst zu sein, über das sie von Amts wegen, d. h. kraft einer solchen Berechtigung verfügen, die ihnen nicht um ihrer selbst willen zusteht und verbunden ist mit der Pflicht ihrer Ausübung im Dienste des Zweckes, um dessen willen sie besteht? Und sollte wirklich nicht auch jedes Mitglied eines Vereins, der einen gemeinnützigen, wohltätigen oder idealen Zweck hat, das Bewusstsein haben, als Mitglied desselben im Dienste dieses Zweckes und damit des Gemeinwohls sowie insbesondere des Wohls der Menschen zu stehen, die zu fördern der Zweck des Vereins ist? Steht nicht gleichmässig im Dienste des öffentlichen Interesses an der Versorgung der Armen und damit im Dienste der Armen, wer als Vereinsmitglied an den Beschlüssen eines Armenvereins teilnimmt, wer als Mitglied des eine Stiftung für Arme verwaltenden Kollegiums an dessen Beschlüssen teilnimmt und wer als Mitglied

einer mit Armenverwaltung betrauten Staats-, Gemeinde- oder Kirchenbehörde an deren Beschlüssen teilnimmt? Mit Unrecht würde man entgegnen, dass dem Vereinsmitgliede keine Pflicht zur Teilnahme an den Vereinsbeschlüssen zukomme. Es kommt auch nicht jedem Mitgliede eines Kollegiums unbedingt die Pflicht der Teilnahme an seinen Beschlüssen zu, die ohne Pflichtwidrigkeit unterbleiben kann nicht nur wegen ihrer Unverträglichkeit mit der Erfüllung vorgehender Pflichten, sondern auch in Fällen, wo das bestimmte Mitglied sich bewusst sein darf, durch seine Teilnahme nichts zur besseren Besorgung der in Frage stehenden Angelegenheit beitragen zu können. Für den zur Teilnahme an einer staatlichen, gemeindlichen oder Stiftungsverwaltung Berufnen liegt dieser Fall nur ausnahmsweise vor, während ein Vereinsmitglied sehr oft in der Lage ist, trotz seines Interesses für den Vereinszweck, das es durch seinen Beitritt bekundet hat, doch von den Mitteln zu dessen Fördrung so wenig zu verstehen, dass es die Vereinsbeschlüsse lieber andren überlässt, denen es die erforderliche Einsicht zutraut. Hat es aber keinen Anlass zu solchem Zutrauen, hat es vielleicht umgekehrt Ursache, zu fürchten, dass in seiner Abwesenheit schlechte Beschlüsse gefasst werden, die es möglicherweise durch sein Erscheinen hindern könnte, so verletzt es seine Pflicht gegen die Sache des Vereins, in deren Dienst es sich durch seinen Beitritt gestellt hat, wenn es an der Vereinsversammlung teilzunehmen unterlässt.

Nichts andres als ein Gebiet amtlicher Macht ist die Stiftung des BGB. Sie entsteht durch einen Staatsakt, den zu vollziehen im freien Ermessen des zuständigen Staatsorganes steht. Dessen gesetzliche Bezeichnung als einer staatlichen Genehmigung des privaten Stiftungsgeschäfts ist irreführend. Für das Ermessen des zuständigen Staatsorganes ist massgebend das Staatsinteresse oder das damit identische Gemeinwohl. Seine Genehmigung bedeutet nicht nur, dass gegen die Stiftung von Staats wegen nichts einzuwenden ist, sondern ihre Erhebung zu rechtlicher Existenz

als einer solchen, die im Interesse des Staates liegt. Der Stiftungszweck ist dadurch zu einem staatlichen erhoben, zwar nicht im Sinne eines durch die unmittelbaren Staatsorgane von sich aus und auf Kosten des unmittelbaren Staatsvermögens verfolgten, aber im Sinne eines solchen, dessen Verfolgung durch den Vorstand der Stiftung mit deren Mitteln im Interesse des Staates liegt. Liegt ihre Existenz im Staatsinteresse, so liegt sie im Interesse aller am Staate beteiligten Menschen. Sie liegt aber in verschiednem Sinn im Interesse verschiedner Menschen. Ist sie bestimmt, das Wohl bestimmter Menschen oder einer bestimmten Menschenklasse zu fördern, so liegt sie speziell in deren Interesse. Dieses kann sein das Interesse eines ganz bestimmten Menschen. So kann eine Stiftung gegründet werden zum Zwecke der Ausbildung und sonstigen Förderung eines hervorragend begabten Knaben. Zum Vorstande derselben kann dessen Vormund ernannt werden, so dass vom Stiftungsvermögen dasselbe gilt, wie vom etwaigen Vermögen dieses Knaben, dass seine amtliche Verwaltung im Dienste der Bedürfnisse des Knaben dem Vormunde zukommt. Während aber die amtliche Macht des Vormunds über das eigne Vermögen des Knaben nur eine interimistische ist, die platzgreift, bis dieser selbst für sich sorgen kann, so hat dieser keine eigne Macht über das dem Interesse seiner Ausbildung gewidmete Stiftungsvermögen. Es dient diesem Interesse nicht als einem solchen, dessen Wahrnehmung ihm selbst zukommt, sondern als einem solchen, dessen Wahrnehmung dem Vorstande der Stiftung zukommt. Dieses Interesse ist durch die Genehmigung der Stiftung zu einem öffentlichen erhoben, und als ein solches hat es der Stiftungsvorstand wahrzunehmen, der daher die Stiftung zu verwalten hat im Sinne einer dem öffentlichen Interesse oder dem Gemeinwohl möglichst gemässen Ausbildung des Knaben. Dass auch das der Fördrung eines bestimmten Menschen gewidmete Stiftungsvermögen öffentliches Vermögen ist, zeigt sich, wenn er stirbt. Hier kann die zuständige Behörde der

Stiftung eine andre Zweckbestimmung geben oder sie aufheben (§ 87 I BGB.). Wird sie aufgehoben, so „fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen“ (§ 88). Wie aber, wenn solche in der Verfassung nicht bestimmt sind? Das Vermögen der vom Staate genehmigten Stiftung ist ein staatliches Sondervermögen. Ist es nicht mehr ein solches, so ist es ein Bestandteil des allgemeinen Staatsvermögens. Es hat aber nicht schon durch den Wegfall des Stiftungszweckes ein solches zu sein aufgehört. So lange es als ein vom allgemeinen Staatsvermögen wie von sonstigem staatlichem Sondervermögen verschiedenes verwaltet wird, fährt es fort, ein solches zu sein, wenngleich sein bisheriger Sonderzweck weggefallen und noch nicht durch einen neuen ersetzt ist. Als eine ihrem ursprünglichen Zwecke gewidmete, zeitweise eines besonderen Zwecks entbehrende und dann wieder mit einer besondren Zweckbestimmung versehene bleibt die Stiftung dieselbe, wie das GB. dadurch ausspricht, dass es sagt, die zuständige Behörde könne „der Stiftung eine andre Zweckbestimmung geben“. Daran zeigt sich auch, dass nicht private Stiftungen unterschieden werden können von solchen des öffentlichen Rechts; denn dieser Kategorie muss doch wohl angehören eine Stiftung, die ihre Zweckbestimmung nicht durch einen privaten Stifter, sondern durch die Behörde erhalten hat. Wenn aber eine private Stiftung dadurch, dass ihr anstatt ihres bisherigen Zwecks die zuständige Behörde eine andre Zweckbestimmung gibt, sich unbeschadet ihrer Identität in eine Stiftung des öffentlichen Rechts verwandelt, so kann nicht die eine und die andre ein Ding ganz andrer Art sein, muss vielmehr, wie unzweifelhaft diese, so auch jene dem öffentlichen Rechte angehören. Dies ergibt sich auch daraus, dass nicht nur, weil die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist, sondern, sobald sie das Gemeinwohl gefährdet, die Behörde der Stiftung eine andre Zweckbestimmung geben oder sie aufheben kann. Wohl unterliegt jedes Privatrecht der Einschränkung durch das öffentliche Recht. Ein

Privatrecht aber, das eine Behörde schon deshalb aufheben kann, weil es nach ihrem Ermessen das Gemeinwohl gefährdet, ist kein Privatrecht.

Als ein individuelles Interesse, dem die private Stiftung dient, bezeichnet man auch das Interesse des Stifters an der Förderung des Stiftungszwecks. Dieses Interesse existiert aber einmal, sobald der Stifter nicht mehr lebt, nicht mehr als ein gegenwärtiges individuelles Interesse. Dem Vorstande der Stiftung kann seine Wahrnehmung nur zukommen als Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Respektierung des Willens Verstorbener. Aber auch solange der Stifter noch lebt, spielt sein gegenwärtiges Interesse an der Fördrung des Stiftungszweckes keine Rolle. Vielleicht ist er andren Sinnes geworden und hat nun das gegenteilige Interesse, was für die Stiftung keinerlei Bedeutung hat, so wenn er zu konfessionellen Zwecken gestiftet hat und dann zu einer andren Konfession übergetreten ist. Dies ist auch nicht anders, wenn ihm selbst die Verwaltung der Stiftung oder Teilnahme daran zukommt. Gleich jedem Stiftungsvorstand verfügt er über das Stiftungsvermögen nicht als über sein privates Vermögen und schuldet er dessen dem Stiftungszweck gemässe Verwendung auch dann, wenn die Realisierung dieses Zwecks aufgehört hat, ihm erwünscht zu sein. Dass die Stiftung entstanden ist durch staatliche Genehmigung seines Stiftungsgeschäfts, hat nur die Bedeutung, dass sein Antrag ihre staatliche Errichtung veranlasst hat. Ist diese vielleicht trotz der gänzlichen Unzulänglichkeit der von ihm der Stiftung zugewendeten Mittel geschehen mit Rücksicht auf reiche durch Dritte zugesicherte Beiträge, so haben zur Existenz der Stiftung diese weit mehr beigetragen, als jener. Mit Recht bezeichnet daher auch der Sprachgebrauch des Lebens jeden, der einer Stiftung etwas zuwendet, als Stifter. Und sehr mit Unrecht beschränkt das BGB. die Bestimmung des § 84 auf Zuwendungen „des Stifters", wie es überhaupt mit Unrecht jede Stiftung von *einem* Stifter ausgehen lässt. Unstreitig kann

ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden durch mehrere Personen vollzogen werden, die es gemeinsam unterzeichnen. Das Gesetz lässt uns aber ohne jede Auskunft darüber, wie es z. B. in diesem Falle mit dem bis zur Genehmigung dem Stifter zustehenden Widerrufe steht. Haben die mehreren Unterzeichner der Stiftungsurkunde der Stiftung je eine bestimmte Geldsumme zugesichert, so schulden sie diese nach der Genehmigung. Hat dagegen nur Einer die Stiftungsurkunde unterzeichnet und ist die Genehmigung erfolgt auf Grund der Vorlegung einer notariellen Urkunde, wonach andre der Stiftung reiche Mittel zugesichert haben, so schulden diese nach dem Gesetze nicht die Zahlung, weil sie nicht Stifter sind. Hat mein Freund bereits das Gesuch um staatliche Genehmigung einer mir sehr sympathischen Stiftung eingereicht, und bedenke ich diese in meinem Testamente, so hängt dessen Gültigkeit von dem Zufall ab, ob die Genehmigung vor oder nach meinem Tode erfolgt. Ein besonderes Interesse hat an der Realisierung des Stiftungszwecks der Stifter als ein solcher, der diesem Zwecke Opfer gebracht hat und sie nicht umsonst gebracht haben will. Dasselbe Interesse hat aber der Urheber jeder Zuwendung an die Stiftung, und er hat es in höherem Mass als der Stifter, wenn er zum Stiftungszwecke mehr beigetragen hat. Kommt die Behörde in den Fall, der Stiftung einen andren Zweck zu geben, so ist dabei nach § 87 BGB. „die Absicht des Stifters tunlichst zu berücksichtigen“. Eben solche Berücksichtigung verdient aber die Absicht andrer Personen, von denen das Stiftungsvermögen zu gutem Teil herrührt. Wie solche, denen weit mehr als dem Stifter das Stiftungsvermögen seine Widmung für den Stiftungszweck verdankt, so können sie auch solche sein, denen weit mehr als jenem dieser Zweck seine Fassung verdankt. So in dem häufigen Falle, dass einer Person, um sie zu ehren, bei einem festlichen Anlass die Mittel zur Begründung einer Stiftung übergeben oder zugesagt werden unter Bezeichnung des bestimmten Stiftungszweckes.

Ich will nicht auf Weiteres eingehen. Es lag mir daran, in dieser dem öffentlichen Rechte gewidmeten Zeitschrift darzulegen, dass und warum ich das Vermögen juristischer Personen für öffentliches Vermögen halte (mit einer noch zu berührenden Ausnahme). Es lag mir insbesondere daran, den Bedenken OTTO MAYERs gegen die Berechtigung meines Amtsbegriffs entgegenzutreten und zu zeigen, dass, so verschieden sonst die Dinge sein mögen, die er umfasst, doch ein ganz bestimmter Gegensatz besteht zwischen privater Berechtigung, von der zu beliebigen Zwecken Gebrauch zu machen oder nicht Gebrauch zu machen dem Berechtigten freisteht, und amtlicher Berechtigung, die als solche verbunden ist mit der Verpflichtung, von ihr Gebrauch zu machen zu dem Zwecke, um dessen willen sie besteht. Will jemand die Berechtigung der zweiten Art der dem Berechtigten um ihrer selbst willen zustehenden und nicht mit der Pflicht ihres Gebrauchs verbundenen Berechtigung unter einem andren Namen gegenüberstellen, so habe ich nichts dagegen, glaube aber nicht, dass dafür ein andrer, auch nur annähernd gleich treffender Ausdruck gefunden werden kann; denn dass ein bestimmtes Verhalten meines Amtes ist, bedeutet, dass es mir sowohl zusteht als obliegt um des Gemeinwohls und damit um der dadurch in ihrem Wohle geförderten Menschen willen nicht als solcher, die darauf einen zwangsweise durchsetzbaren Anspruch hätten, aber als solcher, für die im bestimmten Punkte zu sorgen meine Sache oder, was dasselbe bedeutet, eine Sache des Gemeinwesens ist, dessen Organ oder Vertreter ich bin. Für das Verständnis dieser meiner Auffassung ist wesentlich meine Unterscheidung der doppelten Eigenschaft des Menschen als einer selbständigen und einer unselbständigen Person. Wo immer die Ausübung bestimmter Rechte nicht den Menschen, um deren willen sie bestehen, sondern andren zur amtlichen Sorge für jene berufenen Menschen zukommt, da besteht nicht eine private Macht der einen, sondern lediglich eine amtliche Macht der

andren. Man spricht trotzdem von einer privaten Macht des einen als eines durch den andren vertretenen, weil dessen amtliche Macht nur eine interimistische ist, die anstatt der privaten Macht des Vertretenen besteht bis zum Wegfall des diese zur Zeit ausschliessenden Umstandes, und weil soweit als möglich alles gilt, was gelten würde, wenn die private Macht des Vertretenen nicht ausgeschlossen wäre. Wie trotz der die Macht des Mündels interimistisch ersetzenden Macht des Vormundes das von diesem verwaltete Vermögen als Vermögen des Mündels gilt oder behandelt wird, wie wenn es dessen Vermögen wäre, so wird andres Vermögen, das ein Gebiet nicht privater, sondern amtlicher Macht ist, behandelt wie wenn es das private Machtgebiet eines von allen wirklich existenten verschiedenen Menschen wäre. Dadurch sind die zunächst auf die privaten Machtgebiete bestimmter Menschen und ihre gegenseitigen Beziehungen berechneten Sätze des Privatrechtes und Zivilprozessrechtes auf amtliche Machtgebiete und deren Beziehungen zu privaten sowie zu andren amtlichen Machtgebieten übertragen. Solche amtliche Machtgebiete sind alle sogenannten juristischen Personen des öffentlichen Rechtes, alle rechtsfähigen Stiftungen und alle nicht im individuellen Interesse ihrer Mitglieder bestehenden Vereine. Vereine dagegen, die im individuellen Interesse ihrer Mitglieder bestehen, sind nichts andres als Gesellschaften. Sie unterscheiden sich nach dem BGB. von andren Gesellschaften weder durch ihre Verfassung noch durch die Möglichkeit des Mitgliederwechsels und eines eignen sowohl dem Vermögen Dritter als dem der einzelnen Mitglieder gegenüberstehenden Gesellschaftsvermögens, aber durch die Beschränkung der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen. Wie die Macht über öffentliches Vermögen eine amtliche Macht der darüber gebietenden Menschen ist, so sind die auf ihm lastenden Verbindlichkeiten amtliche Verbindlichkeiten dieser Menschen, die sie im Gegensatze zu privaten nicht aus ihrem Privatver-

mögen, sondern aus dem Vermögen zu erfüllen haben, worüber sie amtlich gebieten. Ebenso haben die Mitglieder eines egoistischen rechtsfähigen Vereins die Verbindlichkeiten, die ihnen als solchen obliegen, nur zu erfüllen aus dem Vermögen, das sie als solche haben. Zwischen beiden Fällen ist aber ein wesentlicher Unterschied. Wie der Träger eines Amtes die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten, die ihm als solchem obliegen, nicht aus seinen privaten Mitteln zu erfüllen hat, so kommt auch die vermögensrechtliche Macht, die er als solcher hat, nicht seinen privaten Interessen zu gute. Dagegen haften die Mitglieder eines egoistischen rechtsfähigen Vereins nur beschränkt für die Vereinsverbindlichkeiten, obgleich ihnen das Vereinsvermögen unbeschränkt zu gute kommt. Sie haben dadurch, obgleich die Vereinsangelegenheiten ihre individuellen Angelegenheiten sind, den Vorteil, für die in ihnen entstandenen Verbindlichkeiten nur so zu haften, wie wenn es Verbindlichkeiten eines von ihnen verschiedenen Menschen wären, für die sie als Verwalter seines Vermögens mit diesem, aber nicht mit ihrem Privatvermögen aufzukommen haben.

Literatur.

Dr. **Joh. Biermann**, Professor der Rechte, Die öffentlichen Sachen, Giessen 1905, 57 S.

Die öffentlichen Sachen können nicht zur Ruhe kommen: Privatrecht und Verwaltungsrecht nehmen sie mit wechselseitiger Eifersucht je für sich in Anspruch. Der Verfasser geht in seiner verdienstlichen, zur Klärung dieses verworrenen Stoffes wesentlich beitragenden Schrift einen mittleren Weg. Er bejaht mit der angeblich herrschenden Meinung nach gemeinem Rechte und nach dem Preuss. ALR. die Frage des privaten Eigentums an den öffentlichen Sachen, mit Ausnahme der öffentlichen Flüsse, und nimmt folgeweise an, dass sich mit dem Inkrafttreten des BGB. dieses Eigentum in dasjenige des BGB. verwandelt habe (EG. Art. 181; 65). Hiernach würden auf das Eigentum an den öffentlichen Sachen alle Bestimmungen Anwendung finden, die das BGB. über das Eigentum enthält, namentlich auch die Eigentumsbeschränkungen der §§ 904 ff. Allein das vom bisherigen Rechte angenommene Eigentum an den öffentlichen Sachen ist, wie der Verfasser ausführt, ein durch ihre Zweckbestimmung beschränktes gewesen. Diese Beschränkungen, anerkannt durch ein allgemeines, auf dem römischen Rechtsgedanken der Verkehrsunfähigkeit aufgebautes Gewohnheitsrecht, bestehen namentlich darin, dass Verfügungen, die der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache widerstreiten, unstatthaft, rechtliche Verfügungen dieser Art nichtig sind; dass der Eigentümer die der Zweckbestimmung, z. B. dem Gemeingebrauche, entsprechende Einwirkung Dritter auf die öffentliche Sache nicht verhindern kann, vielmehr seinerseits dauernd diejenigen positiven Massnahmen zu treffen hat, die nötig sind, um die Sache ihrer Zweckbestimmung zu erhalten. Diese Seite der Sache gehört, wie der Verfasser einräumt, dem öffentlichen Rechte an. Ob eine Sache öffentlicher Zweckbestimmung unterliegt, ist Frage des öffentlichen Rechts; die Bereitstellung der Sache zur Zweckerfüllung, die Indienststellung, ist wie die Ausserdienststellung öffentlich-rechtlicher Art; der Schutz des Interesses an der Aufrechterhaltung der Zweckbestimmung, namentlich des Gemeinge-

brauchs, ist in erster Linie Aufgabe des öffentlichen Rechts. Deshalb lässt auch das BGB. diese Beschränkungen unberührt (EG. Art. 111), und auch der Schutz des Gemeingebrauchs fällt nach wie vor vorzugsweise dem öffentlichen Rechte zu. Die gemeinrechtlichen Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs sind, mit Ausnahme der wasserrechtlichen, beseitigt (EG. Art. 55, 65). Ein subjektives Privatrecht auf den Gemeingebrauch ist, schon gemeinrechtlich äusserst zweifelhaft, jedenfalls nach dem BGB. nicht anzuerkennen.

In den Grundlagen wie in den Ergebnissen weicht meine persönliche Meinung von derjenigen des Herrn Verfassers nicht unwesentlich ab. Eine Einigung der entgegenstehenden Meinungen wird von vorneherein dadurch erschwert, dass der Kreis der öffentlichen Sachen in der Regel, wie mir scheint, willkürlich und quellenwidrig erweitert wird. Unzweifelhaft öffentliche Sachen im Sinne des römischen Rechts sind nur die öffentlichen Wege und Wasserläufe (einschl. der Siele), und von diesen ist m. E. nahezu zweifelsfrei bezeugt, dass sie in niemandes Eigentum im Sinne des Privatrechts stehen: l. 22 §§ 2—5, l. 22, 23 D. ne quid in loc. publ. 43, 8, l. 1 § 3 D. de flum. 43. 12, l. 1 §§ 15, 16 D. de cloac. 43, 23; l. 1 pr. D. de d. r. 1, 8, l. 18 pr. D. de a. et a. pl. a. 39, 3. Dem entspricht die Bestimmung in § 51 Hamburg. AG. zum BGB. (GS. von 1899 I S. 80):

An den Deichen steht niemandem das Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Rechts zu.

Der Meinung Ubbelohdes[1], dass jene Zeugnisse eine sichere Beantwortung der Eigentumsfrage weder nach der einen noch nach der andern Seite hin zulassen, kann ich mich nicht anschliessen, halte es auch für unerweislich, dass die römische Anschauung der Herrenlosigkeit und Verkehrsunfähigkeit der öffentlichen Sachen der deutschen Rechtsauffassung widersprechen sollte[2]. Vielmehr verstehe ich durchaus den Temperamentsausbruch Kuhlenbecks[3], der sich darüber erregt, dass die natürliche und gesunde Auffassung erst von Ihering gleichsam wieder entdeckt werden musste und dass sie noch heute so geringem Verständnisse begegne.

Ich bin mit O. Mayer[4] der Ueberzeugung, dass es notwendig ist, den Kreis der öffentlichen Sachen eng zu ziehen und streng an der Grundlage des geltenden Rechts festzuhalten[5]. Andernfalls ergeben sich unlösbare Schwierigkeiten bei der Grenzbestimmung zwischen privatem und öffentlichem Rechte auf diesem Gebiete, das früher vielfach privatrechtlich an-

[1] Fortsetzung von Glücks Pandekten, Serie der Bücher 43 und 44 IV S. 32.

[2] So z. B. Gierke, deutsch. Privatr. § 102 II S. 23.

[3] Von den Pandekten zum BGB. II S. 393 ff.

[4] Archiv für öffentl. Recht XVI S. 74.

[5] So auch Regelsberger, Pandekten I § 113 S. 424.

gesehen wurde, das aber vom BGB. als öffentlich-rechtlich erkannt und deshalb nicht berührt worden ist. Hierher gehört auch die Frage, die O. MAYER aufwirft, inwieweit die Landesgesetzgebung bei der Bestimmung öffentlicher Sachen freie Hand habe. Sie könne jedenfalls nicht beliebig irgend welche Sachen der Herrschaft des BGB. entziehen. Eine gemeine deutsche Rechtsidee von dem, was öffentliche Sache sein könne, werde vorausgesetzt. Ich erinnere in diesem Zusammenhange an die Strassen und Wasserläufe, die mehreren Staaten gemeinsam sind. In Hamburg gibt es Strassen sowohl wie öffentliche Gewässer, deren Anlieger auf der einen Seite in Hamburg, auf der andern in Preussen wohnen. Hier liegt eine Quelle schwieriger Fragen der Gesetzeskollision für Rechtsverhältnisse, die mit der im gemeinsamen öffentlichen Gebrauche stehenden Strasse zusammenhängen.

Uebrigens ist, soviel ich sehe, auch von den Gegnern der öffentlich-rechtlichen Auffassung kaum je behauptet worden, dass das Eigentum an den öffentlichen Sachen das gewöhnliche Eigentum des Privatrechts sei; es wird vielmehr anerkannt, dass es ein durch die öffentliche Bestimmung der Sache beschränktes Eigentum sei[6]. Und wenn DERNBURG[7] annimmt, dass die öffentlichen Sachen einem Sonderrecht unterliegen, das sie ausserhalb des Privatrechts stellt, so ist es begreiflich, dass O. MAYER[8] diesen Gelehrten als Vertreter der Lehre vom öffentlichen Eigentume und Vorläufer EISELES betrachtet. DERNBURG selbst wird hiermit kaum einverstanden sein, da er in EISELES Lehre einen Rückfall in KELLERS Theorie des blossen Hoheitsrechts erblickt[9]. Die Meinungsverschiedenheit scheint hiernach mehr darin zu bestehen, ob die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen oder die dingliche Herrschaft des Staates über die Sachen in den Vordergrund zu stellen sind. Wird auch diese dingliche Herrschaft als öffentlich-rechtlich erkannt, so entsteht das „öffentliche Eigentum“ im Sinne der Lehre von EISELE und OTTO MAYER.

Es kann nicht geleugnet werden, dass diese Lehre[10] mehr und mehr Anerkennung findet[11], und ich kann bezeugen, dass sie auch in der Verwaltungspraxis manche Anhänger hat. Dass sie von O. MAYER „in glänzender Weise“ entwickelt sei, erkennt auch der Verfasser an (S. 15 Anm.), aber er meint, dass alle Ausführungen MAYERS, wenn man von dem Gebiete des französischen Rechts absehe, in der Luft schweben, dass sein Standpunkt dem gemeinen und dem preussischen Rechte fremd sei. Ich bin anderer

[6] WINDSCHEID, STUBBE u. a. m.
[7] Pandekten, § 71.
[8] Verwaltungsrecht II § 35 N. 13.
[9] Pandekten, § 71 N. 6.
[10] Die sich übrigens schon bei SCHWAB (im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. XXX 1847, Beilage S. 31 ff.) findet.
[11] S. auch KOEHNE, Verwaltungsarchiv Bd. VIII S. 124.

Meinung. Das gemeine Recht schliesst die öffentlichen Sachen vom Privateigentum aus; das BGB. schweigt von ihnen. Somit ist es Sache des öffentlichen Rechts, ihre Beziehungen zur öffentlichen Gewalt festzustellen.

Eine merkwürdige Bestätigung der MAYERschen Lehre finde ich im Hamburgischen Verwaltungsrechte. Nach Hamburgischem Baurechte können auf Privatgrund angelegte Strassen, Privatstrassen, unter gewissen, im Baupolizeigesetze vom 23. 6. 1882 (Hbg. GS. I S. 28 ff.) bestimmten Voraussetzungen vom Staate übernommen werden. Solche Privatstrassen sind nicht, wie BIERMANN (S. 15 Anm.) annimmt, „öffentliches Eigentum Privater", sondern mit öffentlich-rechtlicher Dienstbarkeit beschwertes Privateigentum[12]. Für den Fall der staatsseitigen Uebernahme bestimmt nun § 124 des angeführten Gesetzes:

Durch die staatsseitige Uebernahme der Strasse wird dieselbe öffentliches Eigentum und ist das Areal derselben im Eigentumsbuche ohne weiteres zu tilgen.

Es liegt auf der Hand, dass die Bezeichnung „öffentliches Eigentum" nicht lediglich Eigentum des Staates bedeutet. Sie entspricht der im Hamburgischen Verwaltungsrechte, und namentlich auch im Vermessungswesen folgerichtig durchgeführten Unterscheidung von öffentlichem Grund und Staatsgrund. „Oeffentlicher Grund der Stadt Hamburg (locus publicus) ist nicht deshalb Privateigentum des Hambg. Staates (patrimonium fisci), weil und wenn er dem Gemeingebrauche dient. Deshalb werden öffentliche Strassen und Gewässer des Hambg. Staates als öffentlicher Grund bezeichnet" [13]).

Abgesehen von der Anerkennung öffentlichen Eigentums interessiert an jener Bestimmung die Ausscheidung des öffentlichen Grundes aus dem Eigentumsbuche des früheren Hambg. Rechts. Die Vorschrift ist öffentlichrechtlich und findet auf das Grundbuch sinngemässe Anwendung. Sie entspricht durchaus der von O. MAYER vertretenen Auffassung des Verhältnisses der öffentlichen Sachen zum heutigen Grundbuchrechte. (Arch. f. öff. R. Bd. XVI S. 63 Anm. 24.)

Christian Behr.

Giorgio del Vecchio, professore di filosofia del diritto nell' università di Ferrara. Sulla teoria del Contratto sociale. Bologna 1906. Zanichelli. 118 Seiten in Oktav.

Das vorliegende Buch richtet sich gegen die Ansicht, welche JELLINEK in seiner Schrift „Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte" über den

---

[12] cf. Hans. Gerichtszeitung von 1878, Beibl. No. 126.

[13] Beschluss des Hans. OLG. v. 1. 7. 1904 (Entsch. in den bei den Hamburger Amtsgerichten anhängig gewordenen Grundbuchsachen pp. Bd. V S. 193).

Contrat social Rousseaus ausgesprochen hat. JELLINEK weist dort scharfsinnig die Fäden auf, welche von England und Amerika zu jener Erklärung vom Jahre 1789 führen, aber den Einfluss Rousseauscher Ideen lehnt er soweit ab, dass er diesem nur die energische Forderung der Freiheit und Gleichheit zuschreibt, während er im übrigen urteilt: „die Prinzipien des Contrat social sind einer jeden Erklärung der Rechte feindlich; aus jenen folgt nicht das Recht der einzelnen, sondern die Macht des rechtlich schrankenlosen Gemeinwillens, diese will die ewige Scheidelinie zwischen Staat und Individuum ziehen". DEL VECCHIO macht dagegen geltend, dass JELLINEK den Grundgedanken Rousseaus nicht gerecht wird. Mit umfassender Literaturkenntnis [1]), in angenehmer, nur hier und da etwas breiter Darstellung führt er aus, wie Rousseau die traditionelle Konzeption des Staatsvertrages zwar übernommen, aber wesentlichst modifiziert hat, namentlich HOBBES gegenüber. Die Hingabe der Einzelrechte an die Allgemeinheit ist bei Rousseau nicht ein tatsächlicher Vorgang und ein Verzicht, sondern nur eine ideelle Konstruktion, um die Verwandlung natürlichen Rechtes in Staatsrecht zu erklären, so dass diese als ein Uebergang mit bleibendem Besitzrecht nur unter anderem Titel erscheint, ähnlich wie Kant die freiwillige Unterordnung des einzelnen unter das Gesetz zur wahrhaften Erhaltung der angeborenen Freiheit als organisatorisches Prinzip der Staatsordnung hinstellt. „Die natürlichen Rechte der Freiheit und Gleichheit bleiben vermöge der Idee des Contrat social die konstitutiven Prinzipien der Autorität und der Funktionen des Staates, der sie nicht verletzen kann, ohne damit seine Eigenschaft als Staat zu verlieren", so sagt Verfasser mit zutreffendem Hinweis auf die gesamte Theorie und auf einzelne prägnante Aeusserungen Rousseaus. Demnach stehen die natürlichen Rechte der Individuen nicht ausserhalb des Gemeinwillens, die Prinzipien des Contrat social und der Erklärung von 1789 befinden sich nicht im Gegensatz zu einander, das ideelle Band zwischen beiden ist nicht, wie JELLINEK es tut, in Abrede zu stellen, wenn man auch mit ihm andere starke Einflüsse auf die „Déclaration" gelten lassen wird.

Greifswald. E. Bernheim.

---

[1] Es möchte noch zu verweisen sein auf die Dissertationen von A. DOCK, der Souveränitätsbegriff von BODIN bis auf Friedrich den Grossen, Strassburg 1898, und M. LANDMANN, der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von JEAN BODIN bis auf J. J. Rousseau, Leipzig 1896.



Aufsätze.

Die Verpflichtung der Mitglieder des Reichstags, Zeugnis über die in Ausübung ihres Berufes getanen Aeusserungen abzulegen.

Von

H. WITTMAACK, Reichsgerichtsrat a. D. in Leipzig.

In der juristischen Literatur wird die Frage, ob die Mitglieder des Reichstags über die in Ausübung ihres Berufes getanen Aeusserungen gerichtlich als Zeugen vernommen werden dürfen, fast allgemein bejaht [1]. Verneint wird die Frage wohl

[1] ALTSMANN im Arch. f. öffentl. Recht Bd. I S. 589 ff. LEWALD im Gerichtssaal. Bd. 39, S. 54 ff. O. MITTELSTÄDT in den Preuss. Jahrbüchern 1886 S. 557. HUBRICH, Parlamentarische Redefreiheit S. 371 ff. SEIDLER, Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach österreichischem Recht S. 92 ff. LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reichs § 36 und Deutsche Juristenzeitung 1906 S. 954 und 955. REINCKE, Die Verfassung des Deutschen Reichs S. 184. BINDING, Handbuch des Strafrechts S. 676 Anm. 13. OLSHAUSEN, Strafgesetzbuch Anm. 5 zu § 11. OPPENHOFF, Strafgesetzbuch Anm. 6 zu § 11. LÖWE-HELLWEG, Strafprozessordnung, Anm. 9 zu §§ 51—54. STENGLEIN, Strafprozessordnung, Anm. 14 zu § 52. GAUPP-STEIN, Zivilprozessordnung, Anm. II zu § 383.

nur von FULD [2] und neuerdings von MÜLLER Meiningen [3].

Im Jahre 1886 ist die Frage im Reichstag zur Erörterung gekommen. Der Abgeordnete von Schalscha sollte in Anlass einer Aeusserung, die er im Reichstag gemacht hatte, bezüglich eines Münzverbrechens als Zeuge vernommen werden. Er weigerte sich, Zeugnis abzulegen. Diese Weigerung wurde von dem Gericht auf Grund des § 139 StGB. und des § 54 StPO. für begründet erklärt.

Da der Abgeordnete von SCHALSCHA nicht schon aus dem Grunde zur Ablehnung des Zeugnisses für berechtigt erklärt war, weil er Mitglied des Reichstags sei, beantragte der Abgeordnete Dr. WINDTHORST in Verbindung mit verschiedenen anderen Abgeordneten, der Reichstag möge eine Erklärung dahin abgeben, „dass es unzulässig sei, einen Reichstagsabgeordneten wegen Aeusserungen über Tatsachen, welche ihm in dieser seiner Eigenschaft mitgeteilt sind, und welche er infolge dessen im Reichstage vorgetragen hat, einem Zeugniszwangsverfahren zu unterwerfen. Ueber diesen Antrag fand am 10. März 1886 eine Verhandlung im Reichstage statt. Der Antragsteller und andere Abgeordnete der Zentrums- und der Fortschrittspartei suchten auszuführen, dass der Antrag dem bestehenden Recht entspreche. Von Rednern der konservativen Parteien wurde dieses bestritten. Der Bundeskommissar, Staatsminister von Boetticher, konnte eine Erklärung über die Ansicht des Bundesrats nicht abgeben, da der Bundesrat noch keine Stellung zu der Frage genommen hatte. Dagegen erklärte er, dass die preussische Staatsregierung einstimmig zu der Ueberzeugung gekommen sei, dass der Art. 30 RV. die Abgeordneten nicht dem Zeugniszwangsverfahren entziehe. Der Antrag wurde an die Geschäftsordnungskommission überwiesen und ist dort ruhen geblieben [4].

[2] Gerichtssaal Bd. 35, S. 535 Archiv f. öffentl. Recht Bd. IV, S. 344 ff. Annalen des Deutschen Reichs 1888, S. 6.

[3] Annalen d. D. R. 1906 S. 641 ff.

[4] Stenogr. Berichte 1885/86 II S. 1399 ff. und Anlagen, Nr. 185.

Art. 30 der Verfassung des deutschen Reiches lautet: „Kein Mitglied des Reichstags darf zu irgend einer Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs getanen Aeusserungen gerichtlich oder disziplinarisch verfolgt oder sonst ausserhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden."

In der preussischen Verfassung (Art. 84) findet sich die entsprechende Bestimmung in folgender Form: „Sie (die Mitglieder beider Kammern) können für ihre Abstimmungen in der Kammer niemals, für ihre darin ausgesprochenen Meinungen nur innerhalb der Kammer auf Grund der Geschäftsordnung (Art. 78) zur Rechenschaft gezogen werden."

Die StPO. und die CPO. enthalten keine Vorschrift, durch welche die Mitglieder des Reichstags in dieser ihrer Eigenschaft von der Verpflichtung zur Zeugnisablegung befreit werden. Die §§ 53 StPO. und 376 CPO. untersagen es, öffentliche Beamte über Tatsachen, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, ohne Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde als Zeugen zu vernehmen. Diese Vorschriften kommen auf die Mitglieder des Reichstags nicht zur Anwendung, da dieselben als solche nicht zu den öffentlichen Beamten gehören. Im übrigen enthalten die StPO. und die CPO. kein Verbot der Zeugenvernehmung. Sie geben nur gewissen Personen das Recht, ihr Zeugnis zu verweigern. Abgesehen von solchen, die in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zu den Beteiligten stehen, wird das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses in § 52 StPO. den Geistlichen, den Verteidigern, den Rechtsanwälten und Aerzten hinsichtlich desjenigen erteilt, was ihnen in ihrer amtlichen Stellung, in der bezüglichen Eigenschaft oder bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist. Die CPO. § 383 gibt ausser den Geistlichen in Ansehung desjenigen, was ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut ist, allgemein „Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren

Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht", die Befugnis, ihr Zeugnis zu verweigern. Den Mitgliedern des Reichstags ist eine solche Befugnis nicht eingeräumt. Insbesondere kann auch die Vorschrift des § 383 CPO. auf sie nicht bezogen werden, denn in ihrer Stellung als Abgeordnete bekleiden sie weder ein Amt, noch haben sie einen besonderen Stand, noch betreiben sie ein Gewerbe.

Die Bestimmungen der StPO. und CPO. über die Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses sind von dem Reichstage nicht ohne weiteres nach dem Regierungsentwurfe angenommen. Sie haben vielmehr, sowohl in dem Reichstage selbst, wie in der für die Beratung der Entwürfe niedergesetzten Reichsjustizkommission zu ausführlichen Erörterungen geführt. Der Regierungsentwurf zur StPO. wollte nur den Geistlichen, den Verteidigern und öffentlichen Anwälten ein Recht zur Zeugnisverweigerung einräumen. Die Justizkommission fügte in ihrer ersten Lesung diesen Personen Notare, Aerzte und Hebammen hinzu, später sind dann die Notare und Hebammen wieder gestrichen. Ausserdem bildete die Frage, ob bei Pressvergehen die Verleger, Redakteure, Drucker und deren Hilfspersonal für berechtigt erklärt werden sollten, das Zeugnis über die Person des Verfassers und Einsenders zu verweigern, den Gegenstand ausführlicher Erörterungen in der Justizkommission und im Plenum des Reichstags. Niemals ist davon die Rede gewesen, dass auch den Mitgliedern des Reichstags als solchen ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zustehe oder zu gewähren sei.

Man hat nun eingewandt, wenn die Mitglieder des Reichstags schon auf Grund des Art. 30 RV. nicht als Zeugen vernommen werden durften, so sei es überflüssig und auch nicht zweckmässig gewesen, diese Vorschrift in den Prozessordnungen zu wiederholen. Dieser Einwand würde berechtigt sein, wenn

die Verfassung eine Vorschrift des erwähnten Inhalts in ausdrücklicher oder unzweideutiger Form enthielte, wie denn in § 11 StGB. die Vorschrift des Art. 30 nicht wiederholt ist. Dieses ist aber zweifellos nicht der Fall. Da der Inhalt des Art. 30 jedenfalls die Befreiung der Mitglieder des Reichstags vom Zeugnisse nicht klar hervortreten lässt, so wäre es angezeigt gewesen, zur Beseitigung von Zweifeln hierüber eine Bestimmung in den Prozessordnungen zu treffen, wenn man der Ansicht war, dass eine solche Befreiung begründet sei.

Noch aus einem andern Grunde hätte, wenn die Verfassung des Reichs eine besondere Bestimmung über die Verpflichtung der Mitglieder des Reichstags zum Zeugnis enthielte, diese in der StPO. und in der CPO. nicht übergangen werden können. Aus der RV. konnte sich nur für die Mitglieder des Reichstags eine Befreiung von der Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses ergeben. Wie man auch den Art. 30 auffassen mochte, auf die Mitglieder der Landtage oder der Kammern der einzelnen Bundesstaaten liess er sich jedenfalls nicht beziehen. Auf diese finden die Bestimmungen der CPO. und der StPO. über die Verpflichtung zur Zeugnisablegung jedenfalls Anwendung, auch wenn die Verfassung des Staats, wie dieses z. B. in Württemberg nach dem Gesetze vom 23. Juni 1874 Art. 185 der Fall ist, eine der Vorschrift des Art. 30 gleichlautende Bestimmung enthält, denn die Reichsgesetze gehen den Gesetzen der einzelnen Bundesstaaten vor (Art. 2 RV.) und von dieser Vorschrift besteht für die Verfassung der Einzelstaaten keine Ausnahme. Nun entsprach es aber nicht der Tendenz der Reichsgesetzgebung und den Anschauungen des Reichstags, die in den Verfassungen der Einzelstaaten den Mitgliedern des Landtags und der Kammern gewährte Immunität zu schmälern. Vielmehr suchte man da, wo sich dazu Gelegenheit bot, in dieser Beziehung die Mitglieder der einzelnen Landtage den Mitgliedern des Reichstags gleichzustellen. So war durch den § 11 StGB. entsprechend der

Vorschrift des Art. 30 der Verfassung bestimmt, dass kein Mitglied eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs getanen Aeusserungen zur Verantwortung gezogen werden könne. Der § 12 StGB. hatte die Vorschrift des Art. 22 RV., wonach wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen des Reichstags von jeder Verantwortlichkeit frei bleiben, auf die Berichte über die Verhandlungen der Landtage der Einzelstaaten ausgedehnt. Ferner enthalten die StPO. § 49 und die CPO. § 382 eine gleiche Bestimmung über den Ort, an welchem „die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung“ als Zeugen zu vernehmen sind. Diese Vorschrift bezieht sich in gleicher Weise auf die Mitglieder der einzelnen Landtage wie auf die des Reichstags. Durch § 6 EG. zur StPO. werden ferner die dem Art. 31 RV. entsprechenden Vorschriften der Verfassungen der Einzelstaaten aufrecht erhalten. Es heisst dort, dass die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen gegen Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung während der Dauer einer Sitzungsperiode eine Strafverfolgung eingeleitet oder fortgesetzt werden kann, durch die StPO. nicht berührt werden. Danach ist es undenkbar, dass, wenn man bei Abfassung der StPO. und der CPO. die Ansicht gehabt hätte, Art. 30 RV. enthalte für die Mitglieder des Reichstages eine Ausnahme von der Verpflichtung zum Zeugnis, man etwaige gleiche Bestimmungen der Landesverfassungen ohne weiteres abgeschafft hätte. Man würde solche Bestimmungen nicht allein aufrecht erhalten, sondern dort, wo sie nicht bestanden, den Mitgliedern des Landtags oder der Kammern eine gleiche Vergünstigung, wie den Mitgliedern des Reichstags gewährt haben. Wenn dieser Punkt in den Verhandlungen über die Abfassung der CPO. und der StPO. überhaupt nicht erwähnt worden ist, so lässt sich dieses nur dadurch erklären, dass man damals nicht an die Möglich-

keit gedacht hat, dass aus dem Art. 30 eine Exemtion von der Zeugnispflicht hergeleitet werden könne. Es ist richtig, dass durch die StPO. und die CPO. der Art. 30 nicht hat abgeändert werden können (Art. 78 RV.), dass also die Auslegung, welche man damals dem Art. 30 gegeben hat, für die Anwendung desselben nicht von massgebender Bedeutung sein kann. Die erwähnten Verhandlungen enthalten aber insofern ein wichtiges Moment für die Auslegung des Art. 30, als sich annehmen lässt, dass wenn man damals nicht an die Möglichkeit, den Artikel auf die Zeugnisablegung zu beziehen, gedacht hat, auch im Jahre 1867 der Gedanke, den Mitgliedern des Reichstags eine Vergünstigung in bezug auf die Zeugnispflicht zu gewähren, den gesetzgebenden Faktoren ferngelegen hat.

Der Art. 30 bestimmt, dass kein Mitglied des Reichstages wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs getanen Aeusserungen „gerichtlich" verfolgt werden darf. Was heisst „gerichtlich"? Heisst es vor Gericht oder vom Gericht? Mit andern Worten, sind die Mitglieder des Reichstages auch in civilrechtlicher Beziehung von der Verantwortlichkeit für ihre Aeusserungen befreit?

Man hat diese Frage bejaht, indem man die Inanspruchnahme im Wege des Civilprozesses als eine gerichtliche Verfolgung angesehen hat. Dieses ist nicht richtig. Es entspricht nicht dem Sprachgebrauch. Man sagt nicht, dass jemand, gegen den eine Civilklage angestellt wird, gerichtlich verfolgt werde. Gerichtlich wird nach dem Sprachgebrauch nur verfolgt, wer von einem Gerichte, nicht wer vor einem Gerichte in Anspruch genommen wird. Man könnte den Einwand erheben, dass doch auch die Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ausgeschlossen werde. Die Staatsanwaltschaft gehört aber, namentlich nach der französischen Auffassung, zum Gericht im weiteren Sinne. Der Art. 30 ist aus der Verfassung des Deutschen Reichs von 1849 wörtlich übernommen. Das öffentlich mündliche Verfahren im Strafpro-

zess bestand damals nur in den Ländern des französischen Rechts, und hier, wo der Staatsanwaltschaft auch eine gewisse Teilnahme an der Civilrechtspflege zustand, pflegte man dieselbe zu dem Gerichte zu rechnen.

Man hat ferner aus dem Ausdruck, dass die Mitglieder des Reichstags wegen ihrer Aeusserungen in demselben ausserhalb der Versammlung auch sonst (d. h. nicht gerichtlich oder disziplinarisch) nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfen, herleiten wollen, dass auch civilrechtliche Ansprüche gegen dieselben auf solche Aeusserungen nicht gestützt werden können. Auch das ist nicht richtig. Man sagt nicht, dass jemand zur Verantwortung gezogen wird, wenn ein civilrechtlicher Anspruch gegen denselben eingeklagt wird. Der § 11 StGB. stimmt mit diesem Sprachgebrauch überein. Er schreibt vor, dass die Abgeordneten wegen ihrer Abstimmung und ihrer Aeusserungen in den Kammern nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfen. Diese Bestimmung kann sich nach dem Gesetze, in welchem sich dieser Paragraph findet, nur auf die strafrechtliche Verantwortung beziehen. Man hat es aber nicht für erforderlich gehalten, den Ausdruck „Verantwortung" durch den Zusatz strafrechtlich näher zu bestimmen, denn auf Grund civilrechtlicher Ansprüche wird niemand zur Verantwortung gezogen. Die RV. schliesst allerdings auch die disziplinarische Verantwortlichkeit aus. Der Abgeordnete Lasker, auf dessen Antrag der § 11 in das Strafgesetzbuch aufgenommen ist, hat in dieser Beziehung erklärt, dass das Strafgesetzbuch sich auf die Disziplinarvergehen nicht beziehe. (Stenogr. Berichte des Reichstags 1870 I S. 226.) Von der Ausschliessung der civilrechtlichen Verantwortlichkeit erwähnt er nichts. Die Zuständigkeit des Reichs bezog sich zwar schon damals auf das Obligationenrecht, wenn auch nicht auf das gesamte bürgerliche Recht. Es wäre aber sehr auffallend gewesen, wenn die Reichsgesetzgebung in eine einzelne Materie des Obligationenrechts, ohne dieses näher zu rechtfertigen, eingegriffen

hätte. Man hat damals an die Möglichkeit, dass man den Art. 30 so auffassen könne, dass hierdurch auch das Privatrecht betroffen werden solle, nicht gedacht.

Auch aus einem inneren Grunde kann der Art. 30 auf civilrechtliche Ansprüche nicht bezogen werden. Es ist anerkannt, dass in Privatrechte aus Gründen des öffentlichen Interesses nicht ohne Entschädigung eingegriffen werden darf. Hätte man aus Gründen des öffentlichen Interesses gestatten wollen, dass durch Aeusserungen im Reichstage Privatrechte verletzt werden können, ohne dass der betreffende Abgeordnete sich dadurch verantwortlich machte, so hätte dem Verletzten nach jenem Prinzip konsequenterweise ein Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus eingeräumt werden müssen. Es ist um so weniger anzunehmen, dass man dieses unterlassen hätte, als gerade von liberaler Seite das Prinzip betont zu werden pflegte. Die RV. von 1849 enthielt die ausdrückliche Bestimmung, dass das Privateigentum unverletzlich sei (vergl. auch Art. 9 der preuss. Verf.).

Der Art. 30 macht eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsregeln. Er ist aus diesem Grunde strikt zu interpretieren. Soweit eine solche Ausnahme nicht klar hervortritt, darf sie nicht zugestanden werden. (U. des pr. ObTr. in E. Bd. 55 S. 20.) Dieses ist umso mehr anzunehmen, als kurz vor Erlassung der Verfassung durch ein Urteil des preuss. Obertribunals vom 29. Januar 1866 ein Misstrauen gegen die Auslegung derartiger Bestimmungen durch die Gerichte hervorgerufen war. Während man früher angenommen hatte, dass der Ausdruck Meinungen in dem oben erwähnten Art. 84 der preuss. Verfassung sich ebenso wie der Art. 30 RV. auf alle Aeusserungen beziehe, welche der Abgeordnete als solcher gemacht habe, entschied das OTr. in diesem Urteile, abweichend von seiner früheren Praxis, dass der Ausdruck Meinungen nur die Straffreiheit für Beleidigungen, dagegen nicht für Verleumdungen statuiere. Dieses Urteil fand namentlich bei den liberalen Parteien eine entschie-

dene Missbilligung. Bei dem Uebergewicht, welches diese Parteien in dem konstituierenden Reichstag hatten, muss man annehmen, dass man die bezüglichen Vorschriften der RV. mit besonderer Vorsicht abgefasst hat, um einer solchen Auslegung derselben durch die Gerichte vorzubeugen, welche mit der herrschenden Ansicht nicht in Uebeinstimmung stehe. Dieser Umstand spricht besonders entschieden dafür, dass, wenn es die Absicht gewesen wäre, in dem Art. 30 auch die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder des Reichstags auszuschliessen, solches in unzweideutiger Weise hervorgehoben wäre.

Die hier vertretene Auffassung des Art. 30 wird weiter durch die Entstehungsgeschichte des Artikels und dadurch unterstützt, dass sich auch in den entsprechenden Bestimmungen anderer Verfassungen eine Immunität der Mitglieder der Kammern in dem Umfange, dass dadurch auch die civilrechtliche Verantwortlichkeit gedeckt wird, nicht findet [5]. Dieses letztere Moment ist

---

[5] Die belgische Verfassung bestimmt: „Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions et votes émis par lui dans l'exercise de ses fonctions.“ VAUTHIER (Das Staatsrecht des Königreichs Belgien S. 44) bemerkt dazu: „Die Unverletzlichkeit der Kammermitglieder schliesst aber Civilklagen auf Entschädigung nicht aus, selbst wenn diese Klagen in einer von dem Strafgesetz mit Strafe bedrohten Handlung begründet sind.“ — Bezüglich des Rechts der Vereinigten Staaten heisst es bei KENT (Commentaries 12. ed. I S. 236, Note g), dass „the principle that members of Congress should be exempt from impeachment and punishment for acts done in their collective or congressional capacity“ anzuerkennen sei. Von einer Ausschliessung der Ansprüche auf Entschädigung ist nicht die Rede. — Die Verfassung für das Grossherzogtum Hessen von 1820 bestimmte, dass die Stände für den Inhalt ihrer Abstimmung nicht verantwortlich seien, sie behielt aber dem Einzelnen ein Klagerecht wegen Verleumdung vor. Danach kann der Ausschluss der Verantwortlichkeit sich nur auf die strafrechtlichen Folgen beziehen. In ähnlicher Weise bestimmt die Weimarsche Verfassung von 1850 dass kein Mitglied des Landtags wegen seiner Aeusserungen in der Versammlung desselben verantwortlich gemacht werden könne, fügt aber hinzu, dass jede Verunglimpfung des Landesfürsten, Beleidigung der Regierung, des Landtags oder Einzelner nach den Gesetzen strafbar sei. Es ist also

allerdings von geringer Bedeutung. Wenn gleich ähnliche Bestimmungen, wie die in den Artt. 30 und 31 RV., nach dem Vorbild

auch hier nur an den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gedacht. Die Verfassung für Coburg Gotha von 1852 schreibt vor, dass kein Abgeordneter wegen seiner beruflichen Aeusserungen zur Verantwortung gezogen werden dürfe. Im Falle eines durch solche Aeusserungen begangenen Verbrechens oder Vergehens kann der Landtag auf Antrag der Beteiligten den Fall zur strafrechtlichen Erledigung an das Gericht verweisen. Für die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen ist eine solche Verweisung nicht vorgeschrieben. Die Oldenburgische Verfassung von 1852 hat ebenfalls den Vorbehalt, dass der Landtag einen Fall, in welchem ein Mitglied sich durch seine Aeusserung in der Versammlung strafbar gemacht hat, zur strafrechtlichen Erledigung an das Gericht verweisen kann. Es haben also auch hier privatrechtliche Entschädigungsansprüche nicht ausgeschlossen werden sollen. Die Verfassung von Sondershausen von 1857 lässt es zu, dass Mitglieder des Landtags wegen der durch ihre Aeusserungen in demselben begangenen „Vergehen“ mit Genehmigung des Landtags durch den Richter zur Verantwortung gezogen werden. Diese Ausnahme beweist, dass die Regel der Unverantwortlichkeit sich nur auf das Strafrecht bezieht. Die Verfassung von Waldeck von 1852 lässt es zu, die Abgeordneten wegen Majestätsbeleidigungen, Beleidigungen gegen den Bundestag oder bei Privatinjurien zur Verantwortung zu ziehen. Auch hier hat man also nicht daran gedacht, dass die Immunität auch privatrechtliche Ansprüche ausschliesst. Eine gleiche Folgerung ergibt sich aus dem Vorbehalt der Verfassung für Reuss ä. L., dass der Abgeordnete für seine beruflichen Aeusserungen zur Verantwortung gezogen werden könne, wenn dieselben das Kennzeichen einer Injurie, Verleumdung oder eines anderen in den Gesetzen mit Strafe bedrohten Vergehens haben. Die Verfassung für Schaumburg-Lippe von 1868 lässt, wenn durch die Aeusserungen im Landtag ein Verbrechen begangen ist, eine strafrechtliche Verfolgung mit Zustimmung des Landtags zu. Bei etwa durch Aeusserungen im Landtage begangenen Majestätsbeleidigungen oder Beleidigungen des fürstlichen Hauses ist die strafrechtliche Verfolgung, bei dadurch verschuldeten Privatbeleidigungen die Injurienklage durch die vorgängige Genehmigung des Landtags nicht bedingt.

Anders vielleicht das französische Recht. Das Gesetz vom 29. Juli 1881 bestimmt: „Ne donnent ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'une ou de l'autre des deux Chambres, ainsi que dans les rapports“ u. s. w. Der Ausdruck action ist ein allgemeiner. Nach einem Beschlusse der Deputiertenkammer vom Jahr 1830 darf wegen einer Aeusserung eines Deputierten in der Kammer keine „citation judiciaire“ ohne Genehmigung der Kammer erfolgen. (Poudra et Pierre, Traité pratique de

der englischen bill of rights in allen Verfassungen getroffen sind (sie folgen eben aus der Natur der Sache), so sind die Nüancie-

droit parlementaire 2. éd. S. 83). Soweit ich habe ermitteln können, ist die Frage bezüglich der civilrechtlichen Haft noch nicht zur Entscheidung gekommen. Bezüglich des englischen Rechts heisst es bei HATSCHEK, Englisches Staatsrecht S. 424: „Die Redefreiheit schützt vor allen Verfolgungen civil- und strafrechtlicher Art, aber auch disziplinärer Natur." Soweit ich habe ermitteln können, liegt aber eine Entscheidung, wodurch eine Befreiung von der civilrechtlichen Verantwortlichkeit anerkannt wird, nicht vor.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 30 anlangend, so stimmt derselbe wörtlich mit dem § 120 der Reichsverfassung von 1849 überein. Er befand sich in gleicher Fassung in dem dem Reichstag von dem Bundesrat vorgelegten Verfassungsentwurf. Der Artikel ist also aus der Verfassung von 1849 entnommen. Der Vorschlag der Bestimmung ist von dem Verfassungsausschuss der Nationalversammlung ausgegangen. Dieser Vorschlag ist mit dem Gesetze gleichlautend mit der Ausnahme, dass in dem Vorschlage von der disziplinarischen Verfolgung nicht die Rede war. Der ausdrückliche Ausschluss der disziplinarischen Verfolgung ist auf einen Antrag im Plenum der Nationalversammlung zurückzuführen. Der Vorschlag der Kommission war in ihrem Berichte nicht begründet. (HASSLER, Verhandlungen Bd. II, S. 653 ff.) Die Abänderungsanträge, die zu dem Vorschlage des Ausschusses im Plenum in der ersten Lesung gestellt wurden (Stenogr. Berichte Bd. VI S. 4385), bezogen sich darauf, den Fall der beleidigten Privatehre auszunehmen oder den Einzelnen das Klagerecht, welches ihnen nach den Gesetzen wegen Verleumdung zustehe, vorzubehalten. Diese Anträge wurden zwar abgelehnt, der Antrag, den Fall der beleidigten Privatehre auszunehmen, aber nur mit einer sehr geringen Majorität (162 gegen 157 Stimmen). Bei der zweiten Lesung wurde der Antrag gestellt, hinzuzufügen, dass die Anstellung einer Klage wegen Verleumdung dadurch nicht ausgeschlossen sein solle. Davon, dass durch die Bestimmung auch privatrechtliche Ansprüche ausgeschlossen werden könnten, ist nicht die Rede. Injurien und Verleumdungen konnten damals im Gebiet des gemeinen Rechts und des preussischen Landrechts nur durch eine Privatklage gerügt werden. Daraus erklärt es sich, dass die Abänderungsanträge darauf gerichtet waren, eine Klage oder ein Klagerecht wegen Verleumdung zu gewähren. (Stenogr. Berichte Bd. VIII S. 6041.) Wie wenig man bei der Verfassung des Jahres 1849 an einen Eingriff in Privatrechte gedacht hat, beweist, dass der dem Art. 31 entsprechende § 117 sich nur auf den Ausschluss einer strafrechtlichen Verhaftung und Untersuchung, nicht wie Art. 31 auch auf eine Verhaftung wegen Schulden bezog. In dem Berichte des Ausschusses der Nationalversammlung ist bemerkt, dass die Bestimmung vor

rungen derselben doch verschieden. Indessen ist der Schluss gerechtfertigt, dass, wenn sich in den andern Verfassungen allgemein Vorschriften des Inhalts, dass gegen die Abgeordneten auch civilrechtliche Ansprüche auf Grund ihrer Aeusserungen in den Kammern nicht erhoben werden dürfen, nicht finden, man auch in der Verfassung des Reiches der Immunität eine solche Ausdehnung nicht hat geben wollen. Jedenfalls hätte man dieses klar aussprechen müssen, wenn es die Absicht gewesen wäre.

Bestätigt wird diese Ansicht dadurch, dass sich in der privatrechtlichen Gesetzgebung, namentlich im BGB., kein entsprechender Vorbehalt für die Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen der Einzelstaaten findet. Wenn man der Ansicht gewesen wäre, dass der Art. 30 sich auch auf privatrechtliche Ansprüche beziehe, so hätte man in den privatrechtlichen Gesetzen ohne Zweifel ein ähnliches Privilegium für die Mitglieder dieser gesetzgebenden Versammlungen statuiert und diese auch bezüglich ihrer berufsmässigen Aeusserungen nicht den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterworfen (vergl. die obigen Ausführungen). So ist in der CPO. §§ 904 u. 905 bestimmt, dass die Haft zur Erzwingung eines Offenbarungseides gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode unstatthaft ist, und dass eine solche Haft für die Dauer der Sitzungsperiode unterbrochen wird, wenn die Versammlung eine solche Unterbrechung verlangt.

Eine Aeusserung in einer gesetzgebenden Versammlung kann unmittelbar und an sich einen privatrechtlichen Anspruch begründen. So im Falle des § 824 BGB. Sie kann ausserdem

---

der Schuldhaft nicht schützen solle. (HASSLER, a. a. O. S. 657). Der dem Reichstag vorgelegte Entwurf der norddeutschen Bundesverfassung enthielt eine solche Bestimmung, wie sie sich im Art. 31 findet, nicht. Der Art. 31 ist auf Antrag des Reichstags in Uebereinstimmung mit einer Bestimmung der preussischen Verfassung aufgenommen worden. Auf den Sinn des Art. 30 kann dieses keinen Einfluss äussern.

in Verbindung mit einem anderen Rechtsverhältnis, insbesondere einem Vertrage, einen Entschädigungsanspruch hervorrufen, indem z. B. die Aeusserung einen Bruch einer vertragsmässigen Verpflichtung zur Geheimhaltung enthält. Dann kann sie insofern rechtlich erheblich sein, als sie in Verbindung mit anderen Umständen einen Anspruch begründet, z. B. einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung eines an eine Kündigung gebundenen Rechtsverhältnisses abgibt.

Das Korrelat der Immunität der Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen ist die Disziplin in dem Hause oder der Kammer (vergl. Art. 27 RV.). Es ist nicht die Absicht gewesen, dass die Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen sich ohne Schranken in ihrem Berufe Rechtsverletzungen zu schulden kommen lassen dürften; sie sollen „sonst“ nicht zur Verantwortung gezogen werden können, weil man geglaubt hat, dass die Disziplin im Hause, besonders das Einschreiten des Präsidenten, einen Schutz gegen Ausschreitungen der Abgeordneten gewähre, und dass dieser Schutz ausreichen müsse. Ein solcher Schutz kann aber nur eintreten, wenn die Aeusserung des Abgeordneten an und für sich rechtswidrig oder ungehörig ist. Eine Verletzung privatrechtlicher Interessen kann regelmässig nicht gerügt werden, denn ob eine solche Verletzung vorliegt, lässt sich aus der Aeusserung an sich nicht entnehmen. Die besonderen Umstände, welche die Aeusserung als rechtskränkend erscheinen lassen, treten regelmässig in der parlamentarischen Verhandlung nicht hervor. Ausserdem würde eine disziplinarische Massnahme in der Kammer demjenigen, welcher durch die Aeusserung in der Kammer Schaden an seinem Vermögen erlitten hat, eine Genugtuung nicht gewähren.

Selbst wenn man annehmen wollte, dass der Art. 30 sich auch auf das Privatrecht beziehe, so würden von demselben doch nur die Fälle der ersteren Art betroffen werden können, in denen eine Aeusserung selbst unmittelbar einen Anspruch hervorrufen

würde, ebenso wie auch die strafrechtliche Verfolgung nur ausgeschlossen ist, soweit die Aeusserung unmittelbar eine strafbare Handlung enthält, und die Fälle, in welchen dadurch eine strafbare Anstiftung zur Straftat eines anderen liegt, nicht betroffen werden.

Der Art. 30 würde noch aus einem anderen Grunde auf Rechtsverletzungen privatrechtlichen Charakters nicht passen. Er untersagt eine strafrechtliche und disziplinarische Verfolgung. Eine solche Verfolgung kann auch auf Wunsch und mit Zustimmung des Abgeordneten nicht eintreten. Dieses ist unbedenklich, da niemand ein berechtigtes Interesse daran haben kann, kriminell oder disziplinarisch bestraft zu werden. Anders liegt die Sache, wenn es sich um eine Kränkung von Rechten anderer Personen handelt. Hier kann dem Abgeordneten daran gelegen sein, die Frage, ob und inwieweit er in seiner berufsmässigen Tätigkeit einen anderen in seinen Rechten gekränkt hat, zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Wollte man den Artikel auf privatrechtliche Ansprüche beziehen, so würde der Abgeordnete zwar die aus seinen Aeusserungen hergeleiteten Ansprüche auf Entschädigung befriedigen können, es würde ihm aber nicht gestattet sein, solchen Ansprüchen gegenüber auf seine Immunität als Abgeordneter zu verzichten und es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen zu lassen, ob und inwieweit die Ansprüche begründet sind. Selbst ein Vertrag, durch welchen er sich verpflichtete, den durch seine berufsmässigen Aeusserungen etwa entstehenden Schaden zu ersetzen, würde gerichtlich nicht geltend gemacht werden können, da die Gerichte darüber nicht entscheiden dürften, ob durch solche Aeusserungen ein rechtswidriger Schaden verursacht sei [6].

---

[6] Der Ansicht, dass sich der Art. 30 nur auf ein strafrechtliches Verfahren bezieht, ist nach der Erklärung von Bötticher's im Reichstag vom 10. März 1886 damals die preussische Staatsregierung gewesen. (Stenogr. Ber. S. 1403. Ebenso Oppenhoff, Strafgesetzbuch Anm. 6 zu § 11.) A. M.

Was die Verpflichtung der Mitglieder des Reichstags, Zeugnis wegen der in Ausübung ihres Berufes getanen Aeusserungen abzulegen, anlangt, so hat Art. 30 seinem Wortlaut nach hierüber irgend welche Bestimmung nicht getroffen. Wenn man zur Ablegung eines Zeugnisses geladen und angehalten wird, so wird man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch dadurch nicht wegen der Umstände, welche die Vorladung veranlasst haben, „gerichtlich verfolgt" oder „zur Verantwortung gezogen". Man hat ein Ziehen zur Verantwortung darin finden wollen, weil der Zeuge sich seiner Vernehmung entziehen und dann durch Zwangsmassregeln und Strafen zur Erfüllung der Zeugenpflicht angehalten, also zur Verantwortung gezogen werden könne, und weil er als Zeuge eine falsche oder unrichtige Aussage machen und sich dadurch einer Bestrafung aussetzen könne. In beiden Fällen wird der Zeuge aber nicht wegen des Umstandes, der den Anlass zu seiner Vorladung geboten hat, oder wegen der Tatsachen, über welche er vernommen wird, sondern wegen seines sonstigen Verhaltens zur Verantwortung gezogen; die Vorladung oder Vernehmung als Zeuge gibt ihm nur Gelegenheit, sich durch ein widerrechtliches Verhalten verantwortlich zu

---

die Abgeordneten von HAMMERSTEIN und von RHEINBABEN in der erwähnten Reichstagssitzung. (Ersterer sprach sich insbesondere dahin aus, dass in einem Falle, in welchem jemand sich zur Wahrung eines Fabrikationsgeheimnisses bei Vermeidung einer Konventionalstrafe verpflichtet habe, die Strafe nicht verwirkt sei, wenn das Geheimnis von dem Verpflichteten als Reichstagsabgeordneten in einer Sitzung des Reichstags offenbart werde.) — Ebenso FULD, Arch. f. öffentl. Recht 1889 S. 344 und 345, unter besonderer Hervorhebung des Falles, dass durch die Aeusserung eine Vertragsverletzung begangen wird, und Annalen, 1888 S. 11. SEIDEL, Annalen 1880 S. 404. SEIDLER a. a. O. S. 80 u. 81. LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reichs § 37. PUCHELT, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Anm. 6 zu §§ 11 u. 12. BINDING, Handbuch des Strafrechts S. 676; HUBRICH a. a. O. S. 369 ff. Die drei letzten sind der Meinung, dass auch der § 11 StGB. Civilklagen ausschliesse. MITTELSTÄDT lässt die Frage, ob Art. 30 sich auch auf die civilrechtliche Verantwortlichkeit bezieht, dahingestellt.

machen. Wer zum Schöffen oder Geschworenen gewählt wird, kann sich weigern, dem Rufe Folge zu leisten und dadurch eine Strafe verwirken, die Berufung gibt ihm auch die Gelegenheit und die Möglichkeit, sich nach §§ 138 und 334 StGB. strafbar zu machen. Dennoch wird niemand sagen, dass jemand, welcher zum Schöffen oder Geschworenen gewählt wird, dadurch zur Verantwortung gezogen werde.

Auch liegt ein sachlicher Grund nicht vor, welcher es rechtfertigen könnte, eine gerichtliche Vernehmung der Mitglieder des Reichstags wegen ihrer Aeusserungen im Reichstage allgemein zu untersagen. Es wird angeführt, es gehöre zu den Aufgaben der Mitglieder des Reichstags wie der anderen gesetzgebenden Körperschaften, Fehler und Missstände in der Verwaltung zur Sprache zu bringen und auf ihre Abstellung hinzuwirken. Diese Aufgabe lasse sich nur dann gehörig erfüllen, wenn diejenigen Personen, die im stande und willens seien, ihnen hierauf bezügliche Mitteilungen zu machen, die Sicherheit hätten, dass ihre Namen geheim gehalten und nicht durch eine gerichtliche Zeugenvernehmung offenbar würden. Dieser Grund könnte höchstens rechtfertigen, dass es den Mitgliedern des Reichstags gestattet würde, die Namen ihrer Gewährsmänner bei einer gerichtlichen Zeugenvernehmung zu verschweigen, aber nicht, dass allgemein die Vernehmung derselben wegen der in ihrem Beruf getanen Aeusserungen untersagt würde. Warum soll z. B. ein Mitglied des Reichstags, welches einen Automobilunfall gesehen hat und diese Tatsache bei einer Verhandlung über ein Automobilgesetz zur Sprache bringt, über diesen Unfall nicht vernommen werden dürfen? Der Abgeordnete kann darüber vernommen werden, wenn die Zeugenvernehmung vor der Verhandlung im Reichstage erfolgt, nach derselben soll die Vernehmung nicht stattfinden dürfen. Er würde sogar dann nicht einmal über Unklarheiten und Ungenauigkeiten seiner ersten Aussage zu einer Erklärung aufgefordert werden dürfen. Nach § 385 CPO. dürfen

Verschwägerte und Verwandte, welche an sich zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, in gewissen Fällen ihr Zeugnis nicht verweigern. Ein Mitglied des Reichstags, welches zu den erwähnten Personen gehörte, würde sich der in diesem § vorbehaltenen Zeugnispflicht dadurch entledigen, dass er die Verhältnisse im Reichstage zur Sprache brächte, die Zeugnispflicht würde überhaupt von Zufälligkeiten abhängen und unter Umständen willkürlich vereitelt werden können. In § 385 Abs. 2 CPO. ist ferner vorgeschrieben, dass Geistliche oder andere Personen, welche zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, ihr Zeugnis nicht verweigern dürfen, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind. Das Privilegium der Reichstagsmitglieder würde weiter gehen, sie würden nicht von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden werden können. Dieses Bedenken ist dem Abgeordneten WINDTHORST und seinen Genossen bei seinem Antrage im Reichstag nicht entgangen. Nach dem Antrage sollte es nur unzulässig sein, einen Reichstagsabgeordneten „wegen Aeusserungen über Tatsachen, welche ihm in dieser seiner Eigenschaft mitgeteilt sind, und welche er infolge dessen im Reichstag vorgetragen hat, einem Zeugniszwangsverfahren zu unterwerfen". In diesem beschränkten Sinn kann der Art. 30 auch dann nicht aufgefasst werden, wenn man in dem Zeugniszwangsverfahren ein Ziehen zur Verantwortung im Sinne desselben finden will. Von solchen Beschränkungen, wie sie im WINDTHORSTschen Antrag erwähnt werden, findet sich keine Andeutung. Man kann eine solche beschränkte Exemtion von der Zeugenpflicht, wie der Antrag sie für begründet hält, aus dem Art. 30 nur herleiten, wenn man annimmt, dass in dem Artikel allgemein die zeugeneidliche Vernehmung eines Reichstagsmitglieds wegen der von ihm in seinem Beruf getanen Aeusserungen untersagt werde.

Die Exemtion würde übrigens auch noch in anderer Weise irrationell sein. Es würden trotz einer solchen die Mitglieder

des Reichstags über vertrauliche Mitteilungen, die ihnen regierungsseitig gemacht werden, vernommen werden können, obgleich die Mitteilungen geheim gehalten werden sollen, denn bei denselben handelt es sich nicht um Aeusserungen des Reichstagsabgeordneten. Weiter würden die Gewährsmänner des Reichstagsabgeordneten nur dann darauf rechnen können, dass ihre Namen durch eine Zeugenvernehmung des letzteren nicht offenbart würden, wenn die Mitteilungen von den Betreffenden im Reichstage zur Sprache gebracht würden. Vorher könnten die Abgeordneten hierüber als Zeugen vernommen werden. Entstände also der Verdacht, dass einem Mitglied des Reichstags von einem Beamten eine Mitteilung unter Verletzung des Dienstgeheimnisses gemacht sei, so würde die Zulässigkeit der Vernehmung des Abgeordneten als Zeuge davon abhängen, ob die Vernehmung vor der Verhandlung im Reichstage zu ermöglichen sei, und ob der Abgeordnete bei der Verhandlung zum Wort käme. Es könnte also gewissermassen eine Art Wettlauf eintreten, indem das Gericht oder die Behörde sich bemühen müsste, die Vernehmung vor der Verhandlung im Reichstag zu bewirken.

Man hat nun angeführt, der Ausdruck, dass ein Mitglied des Reichstags auch „sonst", d. h. ausser in einem gerichtlichen oder Disziplinarverfahren nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfe, müsse doch einen Sinn haben. Man dürfe nicht annehmen, dass sich in der Verfassung überflüssige Ausdrücke finden. Man kann diesem Einwand nicht, wie man getan hat, damit begegnen, dass man den Zusatz auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit bezieht, denn wie oben ausgeführt, ist der Abgeordnete zivilrechtlich für seine Aeusserungen verantwortlich. Der Einwand nimmt als feststehend an, dass notwendig mit dem fraglichen Ausdruck des Art. 30 ein anderes Verfahren als die gerichtliche oder disziplinarische Verfolgung gemeint sein müsse. Für diese Annahme fehlt es an einem Grunde. Man wollte

ohne Zweifel den Ausdruck „gerichtliche oder disziplinarische Verfolgung“ in einem möglichst weiten Sinn verstanden wissen und um dieses auszudrücken, kann man den Zusatz, dass der Abgeordnete auch sonst nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfe, gemacht haben. Die Bestimmung des Art. 30 ist aus der Verfassung von 1849 übernommen. Damals war das strafgerichtliche Verfahren in den verschiedenen Bundesstaaten ganz verschieden, es war namentlich noch der alte Inquisitionsprozess vorherrschend. Man kann es daher nicht als überflüssig ansehen, wenn dem Ausschluss der gerichtlichen oder disziplinarischen Verfolgung noch hinzugefügt ist, dass der Abgeordnete auch anderweitig nicht sollte zur Verantwortung gezogen werden können. Dieser letztere Ausdruck hatte insbesondere in dem Vorschlag des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung insofern einen guten Sinn, als in diesem Vorschlage nur die gerichtliche Verfolgung, nicht die disziplinarische, besonders ausgeschlossen war, die letztere wurde nur durch die allgemeine Bestimmung in dem Schlusssatz betroffen. Der Ausdruck „disziplinarisch“ ist im Plenum der Nationalversammlung hinzugesetzt. Es hätte keinen Sinn gehabt, deswegen die Bestimmung, dass der Abgeordnete auch sonst nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfe, zu ändern oder in Wegfall zu bringen. Der Schlusssatz enthielt höchstens etwas Ueberflüssiges.

Uebrigens hat die fragliche Bestimmung auch nach meiner Auffassung in einer Beziehung einen guten Sinn. Nimmt man, wie ich, an, dass unter gerichtlicher Verfolgung die Verfolgung durch das Gericht zu verstehen ist, so würde die frühere Privatinjurienklage zulässig gewesen sein, wenn nicht der Zusatz gemacht wäre, dass der Abgeordnete auch sonst wegen seiner Aeusserungen nicht zur Verantwortung gezogen werden dürfe.

Dazu kommt, wie oben ausgeführt, dass die Vorschrift des Art. 30 strikt zu interpretieren ist, und dass in dem Artikel nur dann eine Ausnahme von den allgemeinen Rechtsregeln gefunden

werden darf, wenn eine solche klar hervortritt.

Schliesslich beruft man sich auf die Entstehungsgeschichte des Art. 30. Man behauptet, dass die Vorschrift des Artikels den Art. 44 der belgischen Verfassung von 1831 zum Vorbild habe, und dass dieser Artikel wieder auf der englischen bill of rights beruhe, dass man also für die Auslegung des Art. 30 auf die belgische Verfassung und die englische bill of rights zurückgreifen dürfe. Nun heisst es ja, dass man bei Entwerfung der Verfassung von 1849, an welche sich die von 1867 in vielen Punkten anschliesst, vorzugsweise die belgische Verfassung benutzt habe. Dieses mag auch richtig sein, auch wird man wahrscheinlich die Bestimmungen des englischen Rechts benutzt haben. Die Verfassung des deutschen Reichs ist aber weit entfernt davon, der englischen oder belgischen Verfassung gleich zu sein. Will man die Bestimmungen dieser Verfassungen zur Auslegung einzelner Artikel der Verfassung des deutschen Reiches heranziehen, so muss man nachweisen, dass es die Absicht gewesen ist, dass diese Artikel den Bestimmungen der fremden Verfassungen ganz oder doch in den entscheidenden Punkten haben gleich sein sollen. An einem solchen Nachweis fehlt es aber. Der Staatssekretär von BÖTTICHER hat in der Sitzung des Reichstags vom 10. März 1886 erklärt, dass nach den Untersuchungen des preussischen Staatsministeriums der Art. 30 einer Bestimmung der belgischen und der englischen Verfassung nachgebildet sei. Diese Nachbildung soll nach seiner Erklärung bei der Ausarbeitung der Verfassung des Norddeutschen Bundes stattgefunden haben. Wie bereits in der Reichstagssitzung von dem Abgeordneten Professor HÄNEL hervorgehoben wurde, liegt hier ein Irrtum vor. Der Art. 30 ist aus der Verfassung von 1849 übernommen. Wie wenig man bei dem Entwurf der Verfassung von 1867 die belgische Verfassung in bezug auf die Immunität der Abgeordneten zur Richtschnur genommen hatte, beweist der Umstand, dass eine dem Art. 31 der gegenwärtigen Verfassung ent-

sprechende Bestimmung in den Entwurf nicht aufgenommen wurde, obgleich sich eine solche in der belgischen Verfassung findet.

FULD behauptet (Annalen S. 15), dass die bezügliche Bestimmung der Verfassung von 1849 den Art. 44 der belgischen Verfassung zum Vorbild gehabt habe. Die Verhandlungen der Nationalversammlung bieten für diese Behauptung keinen Anhalt. Der Paragraph der Verfassung von 1849 beruht im wesentlichen auf einem Vorschlage des Verfassungsausschusses. Der Vorschlag schloss sich an das Reichsgesetz vom 30. Sept. 1848 wörtlich an. Die bezügliche Bestimmung dieses Gesetzes war von dem Prioritäts- und Petitionsausschuss vorgeschlagen. Der Vorschlag war in dem Bericht nicht begründet (WIGARD, Stenogr. Ber. III S. 2350). Ebenfalls hat der Verfassungsausschuss eine Begründung für den entsprechenden Vorschlag nicht gegeben.

Die Fassung des Art. 30 schliesst sich ebensowenig an den Art. 44 der belgischen Verfassung, wie an die bezügliche Bestimmung der bill of rights an. Danach ist es nicht berechtigt, die belgische Verfassung und die bill of rights zur Auslegung des Art. 30 heranzuziehen. Ueberdies ist es auch durchaus nicht erwiesen, dass die beiden erwähnten fremden Verfassungen für die Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen eine solche Exemtion von der allgemeinen Verpflichtung zur Zeugnisablegung enthalten [7].

[7] Der Minister von BÖTTICHER hat in der Reichstagssitzung vom 10. März 1886 erklärt, dass es sich nach der Ansicht der preussischen Staatsregierung bei den bezüglichen Bestimmungen der belgischen oder englischen Verfassung nur um strafrechtliche Verfolgungen handele. Die entgegengesetzte Ansicht wird von FULD (Annalen S. 15 und 16) aufgestellt. Es stehen sich also hier die Autoritäten gegenüber. Wenn ich nun gleich eine solche Kenntnis des belgischen oder englischen Rechts nicht besitze, um in dieser Streitfrage eine bestimmte Stellung einnehmen zu können, so möchte ich doch auf folgendes aufmerksam machen. Die Bestimmung der belgischen Verfassung ist oben angeführt. FULD legt den Ausdruck „rechercher“ so aus, dass nach demselben die Aeusserung eines Abgeordneten, welche er in Ausübung seines Berufs getan habe, überhaupt nicht zum Ausgangspunkte einer Untersuchung oder Verfolgung gemacht werden dürfe.

Mit den vorstehenden Ausführungen steht ein Beschluss und eine Verhandlung der Frankfurter Nationalversammlung in Ueber-

Ob dieses für die belgische Verfassung richtig ist, scheint mir zweifelhaft. Wie FULD auch anerkennt, hat der belgische Justizminister sich in einem anderen Sinne geäussert. (Vergl. hierüber SCHULZE, Preussisches Staatsrecht Bd. II Abt. 1 S. 167.) Bei VAUTHIER (a. a. O. S. 43) heisst es: „Kein Mitglied der einen oder anderen Kammer darf wegen seiner Meinungsäusserungen oder Abstimmung in Ausübung seines Berufs verfolgt oder in Untersuchung gezogen werden". Nach VAUTHIER ist ferner eine Zivilklage auf Entschädigung gegen ein Kammermitglied wegen seiner Aeusserungen im Parlament zulässig. Jedenfalls besteht aber für uns ein anderes Recht. Es ist bei uns nichts weniger als ausgeschlossen, dass auf Grund der Aeusserung eines Abgeordneten im Reichstag ein strafrechtliches oder Disziplinarverfahren gegen einen Dritten angestrengt wird. Häufig ist es gerade der Zweck einer solchen Aeusserung eine nähere Untersuchung des Vorfalls nach jeder Richtung hin herbeizuführen. — Die betreffende Bestimmung der Bill of rights lautet: „That the freedom of speech and debates or proceedings ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament". FULD meint, dass aus dem Ausdruck questioned folgt, dass ein Parlamentsmitglied nicht wegen seiner berufsmässigen Aeusserungen als Zeuge vernommen werden darf. Er bemerkt: „Unter question versteht die englische Rechtssprache nicht nur das Fragen, das Befragen, das Verhören, zur Rede stellen eines Angeklagten, sondern auch das Verhören eines Zeugen". Soweit mir bekannt, ist der Ausdruck question als Verb überhaupt kein juristisch technischer und nach dem gewöhnlichen Sinn bezieht er sich nicht auf die Vernehmung als Zeuge. OPPENHEIM gibt in seiner Uebersetzung des Buches von MAY über das Englische Parlament und sein Verfahren (3. Aufl. S. 120) die Bestimmung so: die Freiheit der Rede dürfe vor keinem Gerichtshof etc. Gegenstand der Anklage und Untersuchung sein. Tatsächlich scheint allerdings angenommen zu werden, dass ein Abgeordneter über Vorgänge im Hause der Gemeinen wider seinen Willen nicht ohne Erlaubnis des Hauses vernommen werden dürfe (MAY a. a. O. S. 460). Ob eine Zeugenvernehmung auch in Anlass der Erklärungen des Abgeordneten unzulässig ist, erhellt nicht.

Was nun Frankreich anlangt, so ist im Jahre 1830 ein Fall vorgekommen, in welchem anerkannt wurde, dass ein Mitglied der Deputiertenkammer nicht zur Zeugenvernehmung über eine von ihm in der Kammer gemachte Aeusserung geladen werden dürfe. Ein Deputierter wurde geladen, um als Zeuge nähere Auskunft über Tatsachen, die er in der Kammer angeführt hatte, zu geben. Er weigerte sich, der Ladung Folge zu

einstimmung. In Bezug auf die Immunität der Mitglieder der Nationalversammlung fand sich in dem Reichsgesetz vom 30. Sept. 1848 Art. 4 eine mit dem Art. 30 gleichlautende Bestimmung. Es fehlte nur die besondere Hervorhebung des Ausschlusses einer disziplinarischen Verfolgung. Zwei Abgeordnete, Jucho und Venedey, waren geladen zur Zeugnisablegung über das Benehmen von Abgeordneten in einer Klubsitzung. Die beiden Abgeordneten legten die Sache der Nationalversammlung vor und beantragten einen Beschluss, dass die Abgeordneten nicht verpflichtet seien, über das, was sich in den Klubs, Abteilungen und Ausschüssen zugetragen habe, ohne Genehmigung der Nationalversammlung sich zeugschaftlich vernehmen zu lassen. Der Ausschuss der Versammlung schlug vor, den Antrag, soweit er sich auf Vorgänge in Parteiversammlungen beziehe, als unbegründet zu verwerfen, soweit er sich auf Vorgänge in den Abteilungen und Ausschüssen der Nationalversammlung selbst be-

leisten und brachte die Angelegenheit vor die Kammer. Die von dieser eingesetzte Kommission kam in ihrem Bericht zu dem Resultat, eine Aeusserung, welche von einem Deputierten in der Kammer, sei es über Regeln oder Grundsätze, sei es über Tatsachen oder in Anlass von Tatsachen getan werde, könne ohne Genehmigung der Kammer keinen Grund zu irgend welcher gerichtlichen Vorladung geben. Die Kammer beschloss darauf, dass die Vorladung des Deputierten einen Eingriff in ihre Rechte enthalte und billigte die Weigerung desselben der Vorladung Folge zu leisten. Die Justiz hat sich diesem Beschlusse gefügt. (Poudra et Pierre. Traité pratique de droit parlementaire, 2. éd. S. 81 ff.) Der Beschluss der Kammer wurde nicht auf eine bestimmte gesetzliche Vorschrift gestützt, sondern allgemein aus ihrer Stellung hergeleitet, er kann schon deshalb für unser Recht keine Analogie geben. In Frankreich nimmt man auch an, dass ein Kammermitglied während der Session überhaupt nicht als Zeuge vorgeladen werden dürfe, auch nicht über Vorgänge, die mit seinen Aeusserungen in der Kammer nicht in Beziehung stehen. Ausserdem wurde die Vorladung nicht unbedingt untersagt, sondern mit Genehmigung der Kammer für zulässig erklärt. Auch scheint eine Zeugenvernehmung eines Deputierten über seine Aeusserungen in der Kammer als unbedenklich angesehen zu werden, wenn er bereit ist, sich vernehmen zu lassen.

ziehe, über denselben als nicht hinreichend substantiiert zur Tagesordnung überzugehen. Das Plenum trat in der Sitzung vom 9. Dez. 1848 dem Bericht des Ausschusses bei. Bei der Verhandlung bemerkte der Berichterstatter in Uebereinstimmung mit einer Bemerkung in dem Berichte u. a.: „Nimmermehr kann man sagen, dass der Zeuge, indem er als Zeuge aufgerufen wird, dadurch zur Verantwortung gezogen wird. Es ist also das Gesetz vom 30. September weder dem Geiste noch dem Wortlaut nach hier anwendbar." (Wigard, Stenogr. Berichte V S. 3580. VI S. 4015 ff.) Davon, dass bei der Auslegung der erwähnten Gesetzesvorschriften die Bestimmungen der englischen oder belgischen Verfassung in Betracht kommen könnten, ist nicht die Rede.

Das Resultat ist, dass die Ansicht, von welcher die Reichsgesetzgebung (Bundesrat und Reichstag) bei Erlassung der Strafprozessordnung und Zivilprozessordnung ausgegangen ist, es bestehe für die Mitglieder des Reichstags eine Befreiung von der Zeugnispflicht nicht, mit dem Art. 30 der Verfassung in Uebereinstimmung steht.

Was nun die Frage anlangt, ob es sich empfehle, die Mitglieder des Reichstags von der Verpflichtung zur Zeugnisablegung in Bezug auf ihre berufsmässigen Aeusserungen zu befreien, so werden darüber die Ansichten verschieden sein. Man muss wohl zugeben, dass die gegenwärtigen Verhältnisse eher einen Anlass bieten, dieser Frage näher zu treten, als im Jahre 1886 der Fall von Schalscha. Da der Zweck einer Ausdehnung der Immunität der Reichstagsmitglieder auf die Zeugnisablegung nur sein kann, denjenigen, welche ihnen Mitteilungen für ihre berufsmässige Tätigkeit gewähren, Sicherheit dafür zu bieten, dass ihre Namen verschwiegen bleiben, so liegt jedenfalls kein Grund vor, die zeugeneidliche Vernehmung der Abgeordneten über ihre berufsmässigen Aeusserungen allgemein zu untersagen. Es wird sich nur darum handeln können,

den Abgeordneten zu gestatten, eine Aussage darüber, von welchen Personen ihnen eine Mitteilung zur Verwertung in ihrem Berufe gemacht worden ist und über Tatsachen, welche zur Entdeckung solcher Personen führen können, zu verweigern. Dieses Recht würde auch auf den Fall auszudehnen sein, wo eine solche Mitteilung erfolgt ist, der Abgeordnete aber dieselbe nicht oder noch nicht verwertet hat. Eine derartige Aenderung der Gesetzgebung könnte als Zusatz zu dem Art. 30 RV. erfolgen, und man könnte ihr, indem man sie als authentische Deklaration bezeichnete, rückwirkende Kraft beilegen. Dann würde aber das Privilegium den Mitgliedern der gesetzgebenden Versammlungen der Einzelstaaten nicht zu statten kommen. Im Interesse der Gleichmässigkeit des Rechts würde es sich empfehlen, eine bezügliche Bestimmung zur Strafprozessordnung und Zivilprozessordnung hinzuzufügen [8].

---

[8] Gegen eine Ausdehnung der Immunität der Reichstagsmitglieder auf die Zeugnisablegung spricht sich LABAND in der deutschen Juristenzeitung von 1906 S. 954 und 955 aus. — Ebenso HUBRICH a. a. O. S. 396. — Der freikonservative Abgeordnete von RHEINBABEN erkannte in der Reichstagssitzung vom 10. März 1886 an, dass unter Umständen die Zeugenpflicht der Abgeordneten ihre verfassungsmässig garantierte parlamentarische Redefreiheit beeinträchtigen könne, er meinte aber, dass die blosse abstrakte Möglichkeit, dass die Zeugnispflicht des Abgeordneten unter Umständen missbräuchlich angewendet werden könne, jedenfalls an sich nicht ausreiche, um die Reichsverfassung durch Aufnahme einer neuen Garantie zu ergänzen. — MITTELSTÄDT (a. a. O. S. 566): „Es ist zur Genüge bekannt, mit welcher Vorliebe die deutsche Sucht des Querulierens gerade die Volksvertreter dazu missbraucht, allen möglichen Klitsch und Klatsch, Zank und Stank bei ihnen abzulagern. Zu Gunsten dieser Sippe von Querulanten und Schwätzern ein persönliches Privileg der Immunität und Unverantwortlichkeit einzuführen, hat zweifellos nicht im Sinn des Art. 30 gelegen . . . Sollten einmal ernsthafte Kollisionen zwischen Zeugnispflicht und parlamentarischer Unverantwortlichkeit eintreten, und sollte sich einmal die Ueberzeugung Bahn brechen, mit Hilfe einer missbräuchlichen Handhabung der Zeugnispflicht werde auf einem Umwege die parlamentarische Redefreiheit verkürzt, dann, zweifle ich nicht, wird die nächste Periode eines sich in aufsteigender Linie fortbewegenden Parlamentaris-

mus uns auch noch ein Privileg der Zeugnisfreiheit erbringen." — ALTSMANN (a. a. O. S. 594) ist der Ansicht, dass de lege ferenda überwiegende Gründe dafür sprechen würden, den Mitgliedern des Reichstags — wie der Landtage der einzelnen Bundesstaaten — ein Privileg entsprechend dem in § 52 StPO. den Aerzten etc. erteilten einzuräumen. — SEIDLER (a. a. O. S. 95) äussert sich ähnlich.

Dispositives und mittelbar geltendes Recht.

Von

Dr. Ernst Radnitzky in Wien.

In seiner gross angelegten, in die Tiefen des Rechtes und in die Ferne der Zeiten führenden Abhandlung über „Verfassungsänderung und Verfassungswandlung“ wird von Jellinek auch ein Problem berührt, das an allgemeinem Interesse gegenüber den von ihm eröffneten Ausblicken in die Zukunft des Parlamentarismus gewiss erheblich zurücktritt, aber für den Juristen als solchen wohl den bedeutsamsten Punkt in seinen Ausführungen bildet. Es sei mir gestattet, aus dem reichen Inhalt der Schrift diesen einen Punkt herauszugreifen und einer kurzen Erörterung zu unterziehen, da ich gegen die diesfälligen Aufstellungen Jellineks einen vielleicht nicht ganz unfruchtbaren Widerspruch erheben zu können glaube.

Es handelt sich zunächst um die Frage, ob es ein dispositives Staatsrecht gibt und was darunter zu verstehen ist.

Sehen wir fürs erste davon ab, in welchem Zusammenhange diese Frage von Jellinek aufgeworfen und wie sie von ihm beantwortet wird, und versuchen wir, sie unabhängig von ihm zu entscheiden. Selbstverständlich müssen wir hierbei von dem dispositiven Privatrecht ausgehen und uns vor allem darüber einigen, was unter diesem zu verstehen ist. Ich verstehe nun

darunter den Inbegriff jener Privatrechtssätze, die nur für den Fall gelten wollen, dass der von ihnen geregelte Tatbestand durch den Parteiwillen nicht in anderer Weise geregelt wird. Hiermit erscheinen zwei vermeintliche Merkmale dieses Begriffes als unwesentlich eliminiert, die ihm durch einen weit verbreiteten Irrtum zugeschrieben werden. Einerseits glaubt man nämlich, das dispositive Privatrecht als einen Teil des Vertragsrechtes ansehen zu können, und meint, dass der Akt des Parteiwillens, durch den ein solcher Rechtssatz ausser Anwendung gesetzt wird, notwendig ein Vertrag, eine Vereinbarung, ein pactum sein müsse [1]; andererseits hält man es für erforderlich, dass ein solcher Rechtssatz dem mutmasslichen Willen der Parteien Rechnung trage [2]. Beide Meinungen werden widerlegt, wenn wir das Verhältnis des Testamentes zum Intestaterbrecht ins Auge fassen. Ersteres ist eine rein einseitige, geradezu den Gegensatz zum Vertrag bildende Willenserklärung und letzteres lässt sich, — wenigstens wenn wir an die Berufung entfernter, dem Erblasser völlig unbekannter Seitenlinien denken, — nur durch eine sowohl mit dem historischen Entwicklungsgang des Erbrechtes als mit der Erfahrung des täglichen Lebens in schroffem Widerspruch stehende Fiktion auf den mutmasslichen Willen des Erblassers zurückführen. Nichtsdestoweniger kann das Intestaterbrecht nur als Spezialfall des dispositiven Privatrechtes angesehen werden, was besonders dann evident wird, wenn wir es mit dem einen Teil des „zwingenden“ Privatrechts bildenden Pflichtteilsrecht konfrontieren.

Weist nun das Staatsrecht Rechtssätze auf, die jenem von allen unwesentlichen Merkmalen gereinigten Begriff des dispositiven Rechts entsprechen?

Haenel, der in diesem Falle wohl als Interpret der herr-

---

[1] Diese Ansicht geht natürlich auf den Satz vom ius publicum, quod pactis privatorum mutari nequit, zurück.

[2] Dagegen bereits Dernburg Pandekten § 32.

schenden Ansicht gelten darf, äussert sich hierüber in seinem Deutschen Staatsrecht I S. 175 folgendermassen: „Dispositive Rechtssätze sind ausschliesslich eine charakteristische Erscheinung auf dem Gebiete des Privatrechtes. Das öffentliche Recht kennt sie nicht; denn sie sind nur denkbar als Gegenstück zur Erscheinung der rechtsgeschäftlichen Privatwillkür, die durch den Begriff des öffentlichen Rechtes ausgeschlossen ist".

Man braucht aber nur das positive Recht flüchtig zu durchforschen, um sich von der Unhaltbarkeit dieser Meinung zu überzeugen. Ist doch einer der fundamentalsten Rechtssätze, die in einer Erbmonarchie Geltung haben, der Satz, dass der Monarch lebenslänglich regiert, ausgesprochen dispositiver Natur, wenn man zur Einsicht gelangt ist, dass der Thronverzicht nicht, wie noch immer von manchen Seiten behauptet wird [3], ein Regierungsakt, sondern die Ausübung einer dem Monarchen als Privatperson zustehenden Befugnis, also ein Ausfluss jener rechtsgeschäftlichen Privat-Willkür ist, die nach HAENEL im öffentlichen Rechte begriffsmässig ausgeschlossen sein soll. Und dasselbe gilt natürlich auch von jenen Rechtssätzen, auf welchen die Lebenslänglichkeit resp. die auf eine gewisse Zahl von Jahren beschränkte Dauer der Kammermitgliedschaft und anderer verzichtbarer öffentlicher Rechte beruht. Dispositiven Charakter hat ferner eine ganze Anzahl verfassungsrechtlicher Detailbestimmungen, z. B. manche Vorschriften für den Fall mehrfacher Wahlen, insofern der mehrfach Gewählte den Wahlbezirk, als dessen Abgeordneter er fungieren soll, in erster Linie selbst zu

[3] So z. B. von HAUKE, Die geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechtes S. 136. Vgl. jedoch v. FRISCH Der Thronverzicht S. 4 und 75, der in Uebereinstimmung mit mir darauf hinweist, dass die Disposition über ein Recht nie ein Akt der Ausübung dieses Rechtes sein könne. Ich möchte ergänzungsweise bemerken, dass die Vorstellung, jemand könne über ein Recht kraft eben dieses Rechtes verfügen, an den sich bei seinem eigenen Zopf emporziehenden Münchhausen erinnert.

bestimmen hat und nur, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist diesfalls keine Erklärung abgibt, das Los oder die Priorität entscheidet [4]. Weit häufiger sind aber Dispositivbestimmungen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes. Man denke z. B. an die Rechtssätze, durch welche die Konfessionsangehörigkeit der aus gemischten Ehen hervorgehenden Kinder geregelt wird. Diese Rechtssätze können regelmässig durch eine anderweitige Vereinbarung der Eheleute ausser Anwendung gesetzt werden. Man denke ferner — um etwas völlig heterogenes anzuführen — an eine polizeiliche Anordnung etwa des Inhaltes, dass im Eisenbahncoupé nur mit Zustimmung sämtlicher Mitreisenden geraucht oder die Fenster auf beiden Seiten geöffnet werden dürfen. Es liegt hier ein Verbot vor, das nur für den Fall gelten will, dass die Interessenten keine gegenteilige Willenserklärung abgeben. Die eigentliche Heimat der öffentlich-rechtlichen Dispositivbestimmungen ist jedoch begreiflicherweise das öffentliche Vermögensrecht. Der typische Fall ist hier der, dass die Kosten für einen öffentlichen Zweck z. B. für einen Schulbau vom Gesetze auf die Beteiligten nach einem gewissen Schlüssel repartiert werden, diesen aber die Vereinbarung eines anderen Schlüssels vorbehalten wird. Im übrigen stehen die hieher gehörigen Dispositivbestimmungen nicht selten in engem Zusammenhange mit jenen rechtlichen Erscheinungen, die man als Privatrechtstitel im öffentlichen Recht zu bezeichnen pflegt [5].

---

[4] Vgl. § 7 des sächsischen Wahlgesetzes vom 3. Dezember 1868 und Art. 46 des hessischen Gesetzes vom 8. November 1872.

[5] Vgl. Tezner, Privatrechtstitel im öffentlichen Recht im IX. Band des Archivs für öffentliches Recht und Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 331. — Dass es ein dispositives Zivilprozessrecht gibt, hat Bülow (Archiv für civilistische Praxis 64) gezeigt; er versteht jedoch unter einer Dispositivbestimmung nicht einen Rechtssatz, der für den Fall des Unterbleibens einer gegenteiligen Parteiwillenserklärung gelten will, sondern einen Rechtssatz, der dem Parteiwillen die Fähigkeit verleiht, einen Tatbestand abweichend von der gesetzlichen Normierung zu regeln. Ihm zufolge würde z. B. nicht die Lebenslänglichkeit eines öffentlichen

Diese Beispiele, die sich an der Hand unserer Gesetzsammlungen ins Ungemessene vermehren liessen, genügen wohl, um zu zeigen, dass es jener Behauptung HAENELS zum Trotz ein dispositives öffentliches Recht in genau demselben Sinne gibt, wie es ein dispositives Privatrecht gibt. Der einzige Unterschied ist der, dass dieses innerhalb des Privatrechtes die Regel, jenes innerhalb des öffentlichen Rechtes die Ausnahme bildet.

In einem ganz anderen Sinne wird nun aber der Ausdruck „dispositives öffentliches Recht“ von JELLINEK gebraucht [6]. Er führt als Beispiel die Bestimmung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes an, wonach den Gerichten die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges zugewiesen, zugleich aber der Landesgesetzgebung gestattet wird, hiervon abweichend besondere Behörden zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten einzusetzen; ferner die Bestimmung der preussischen Städteordnung vom 30. Mai 1853, wonach kleinere Städte eine Vereinfachung ihrer Organisation in Abweichung von den dafür sonst vorgeschriebenen Normen herbeiführen dürfen, endlich die Bestimmung des deutschen Krankenversicherungsgesetzes, wonach durch die Statuten der Krankenkassen sowohl die Leistungen dieser Kassen als der Kreis der Versicherungspflichtigen anders als der gesetzlichen Norm gemäss bestimmt werden können. Man sieht, JELLINEK versteht unter einer Dispositivbestimmung nicht einen Rechtssatz, der durch den Willensakt einer Privatperson, sondern einen Rechtssatz, der durch den Willensakt eines Gliedstaates, eines Selbstverwaltungskörpers, einer öffentlichen Genossenschaft, also kurz gesagt: durch einen autoritären Willensakt ausser An-

---

Rechtes, sondern der Rechtssatz, der dessen Verzichtbarkeit ausspricht, dispositiven Charakter haben. Wie immer man die damit aufgeworfene Frage der Terminologie beantworten mag, so ist es klar, dass auch der Strafprozess und das Verfahren in Verwaltungssachen, ja selbst das materielle Strafrecht — man denke an die Privat- und Antragsdelikte — dispositive Bestandteile haben.

[6] A. a. O. S. 30.

wendung gesetzt werden kann. Ohne Zweifel würde er z. B. auch den Rechtssatz, welcher die Legislaturperiode mit einer gewissen Zahl von Jahren festsetzt, dabei aber dem Staatsoberhaupte die Befugnis zu vorzeitiger Auflösung des Parlamentes erteilt, oder den Rechtssatz, der die Dauer der vacatio legis ein für allemal normiert, dabei aber für jedes einzelne Gesetz die Möglichkeit einer abweichenden Normierung offen hält, für Dispositiv-Bestimmungen erklären. In dieser Weise scheint sich bereits von Martitz, der die Frage flüchtig gestreift hat, das dispositive öffentliche Recht vorgestellt zu haben. (Vgl. dessen Aufsatz: Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes in der Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1880 S. 247 Note 2.) Allein mit Recht bemerkt Haenel (a. a. O.), dass das Verhältnis zwischen absolutem und dispositivem Recht nichts mit dem Verhältnis zwischen dem primär und dem subsidiär geltenden Rechte gemein habe und dass es ebensowenig mit der „Dispositivität“ etwas zu tun habe, wenn rechtliche Ermächtigungen zu Dispensationen oder zum Erlass abändernder Verordnungen oder Verfügungen bestehen. Die Begründung, die Haenel diesem Ausspruche beifügt, scheint mir allerdings nicht zutreffend zu sein; er meint nämlich, dass ein dispositives Recht deshalb nicht vorliege, weil jene Dispensationen und abändernden Verordnungen und Verfügungen nicht die deklaratorische Absicht eines Rechtssatzes hinfällig machen, sondern ihn schlechthin ausser Geltung setzen. M. E. ist gerade auf diesem Wege der Ansicht Jellineks und von Martitz' nicht beizukommen; denn man kann Haenel entweder einwenden, dass das Gelten“ eines Gesetzes in nichts anderem als im „Angewendet werden“ besteht und dass daher das Intestaterbrecht durch ein Testament in concreto gerade so ausser Geltung gesetzt wird, wie ein (im Sinne Jellineks) dispositives Reichsgesetz durch ein abänderndes Landesgesetz — oder man kann ihm, und zwar mit noch viel besserem Recht, einwenden, dass

weder das Intestaterbrecht für den Fall der Testamentserrichtung noch ein solches Reichsgesetz für den Fall der Erlassung eines dieselbe Materie regelnden Landesgesetzes gelten will und dass es daher in beiden Fällen unzutreffend ist, von einem „ausser Geltungsetzen" zu sprechen.

Der wirkliche Grund, warum die Bezeichnung „dispositives öffentliches Recht" für die von JELLINEK erwähnten Rechtssätze zu perhorreszieren ist, liegt vielmehr darin, dass diese Bezeichnung, wenn ich so sagen darf, bereits vergeben ist, da sie in erster Linie jenen Sätzen des öffentlichen Rechtes gebührt, die mit dem dispositiven Privatrecht sämtliche Begriffsmerkmale gemein haben. Zwar würde an sich nichts hindern, von öffentlich-rechtlichen Dispositivbestimmungen in einem zweifachen Sinne zu sprechen: von solchen, die durch den Parteiwillen, und von solchen, die durch einen autoritären Willen ausser Anwendung gesetzt werden können. Allein zunächst liegt kein Grund vor, die für diese letzteren Bestimmungen eingebürgerte Bezeichnung „subsidiäres Recht" fallen zu lassen, und dann müsste man konsequenterweise diesen Doppelsinn auch in das Privatrecht hineintragen und nun auch Rechtssätze wie z. B. die, durch welche ein dispensables Ehehindernis statuiert wird, für dispositives Recht erklären. Dass hiedurch die Terminologie nicht an Klarheit gewinnen würde, liegt auf der Hand.

Wichtiger als diese Frage, ist jedoch eine andere, der wir uns nun zuwenden wollen. JELLINEK glaubt nämlich, seinen Begriff des dispositiven Staatsrechtes zur Erklärung einer Reihe von Erscheinungen verwerten zu können, die trotz ihrer eminenten praktischen Bedeutung in der Theorie eine durchaus problematische Existenz führen. Es handelt sich um die Frage, wie jene weder dem geschriebenen noch auch — nach der herrschenden Ansicht — dem ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörigen Regeln juristisch zu qualifizieren sind, die das gegenseitige Verhältnis zwischen Staatsoberhaupt, Regierung und

Parlament, zwischen den beiden Kammern, zwischen der gewählten Kammer und der Wählerschaft u. s. w. beherrschen — Regeln, die in der englischen Rechtssprache als customs, understandings, conventions bezeichnet und von der law of the constitution auf das sorgfältigste unterschieden werden [7]. Die wichtigsten unter ihnen sind jene, in welchen das Wesen der als Parlamentarismus bezeichneten Regierungsweise zum Ausdruck kommt, also die Regeln, wonach die Mitglieder des Kabinetts Angehörige und Vertrauensmänner der Mehrheit der Zweiten Kammer sein müssen und nur solange die Regierung führen dürfen als sie das Vertrauen dieser Mehrheit geniessen, wonach die Erste Kammer sich im Falle eines Dissenses dem Willen der Zweiten zu beugen hat und die Krone den übereinstimmenden Beschlüssen beider Kammern, insbesondere bei Gesetzentwürfen, die Zustimmung nicht versagen darf — wozu noch eine Reihe anderer nach Zeit und Ort verschiedener Regeln — ich erinnere daran, dass in England sogar die jährliche Einberufung des Parlamentes nur auf einer solchen Regel beruht — hinzukommen. Diese rechtlichen Erscheinungen werden von JELLINEK als Spezialfälle des dispositiven Rechtes erklärt, unter dessen verschiedenen deutschen Bezeichnungen er die als nachgiebiges Recht bevorzugt, weil sie den eigentümlichen Charakter der gerade hier in Frage kommenden Normen am besten zum Ausdruck bringe.

Nun haben wir schon gesehen, dass das, was JELLINEK dispositives Staatsrecht nennt, diese Bezeichnung nur in einem uneigentlichen, vom Standpunkt der Systematik kaum zulässigen Sinne führen kann. Aber es lässt sich auch unschwer zeigen, dass jene Konventionalregeln weder in diesem noch in einem anderen Sinne dispositives Recht sein können. Halten wir uns an

[7] Vgl. besonders DICEY, Introduction to the study of the law of the constitution, Chapt. XIV u. XV.

die Beispiele, die JELLINEK selbst gibt. Er führt die Konventionalregel an, dass jedes Kabinettsmitglied Parlamentsmitglied sein soll, konstatiert aber, dass GLADSTONE vom Dezember 1845 bis Juli 1846 ohne Sitz im Unterhause war — eine Singularität, die, weil sie nicht als Rechtsbruch empfunden wurde, als ein Beweis für die Nachgiebigkeit jener Regel gelten soll. Zum besseren Verständnis sei bemerkt[8]), dass GLADSTONE im Dezember 1845 die Ernennung zum Staatssekretär der Kolonien annahm, hiedurch im Sinne der englischen Inkompatibilitätsvorschriften seinen Sitz im Unterhause verlor, jedoch auf eine Wiederwahl gegen den Herzog von Newcastle nicht hoffen konnte. Jene Konventionalregel, die ihre Spitze offenbar gegen die Krone kehrt, würde also in ihrer Anwendung auf einen derartigen Fall lauten: Du bist verpflichtet, ein Kabinettsmitglied, das seinen Sitz im Unterhause dauernd verloren hat, zu entlassen. Wäre nun diese Regel dispositiver Natur, so müsste der Krone zugleich die Befugnis eingeräumt sein, sie durch einen auf Nichtentlassung gerichteten Willensakt ausser Anwendung zu setzen, mit andern Worten: die Krone hätte eine Verpflichtung, von der sie sich selbst entheben kann, sie wäre zur Entlassung zugleich verpflichtet und nicht verpflichtet — was wohl die Unhaltbarkeit der Prämisse ausser Zweifel setzt. Von dispositivem Rechte im Sinne JELLINEKs könnte man nur sprechen, wenn in einem derartigen Falle der Amtsverlust ipso jure eintreten würde, aber durch einen gegenteiligen Willensakt der Krone vermieden werden könnte. Ganz ähnlich steht es mit JELLINEKs zweitem Beispiel: der Premierminister soll Erster Lord des Schatzes sein. SALISBURY tritt an die Spitze seines Kabinetts als Staatssekretär des Auswärtigen. Die Krone kann nicht verpflichtet sein, dem Premier das erstgenannte Amt zu verleihen und zugleich die Freiheit haben, ihn statt dessen zu einem anderen Amt zu be-

[8] Aus der biographischen Skizze in Meyers Konversations-Lexikon.

rufen. Dispositives Recht im Sinne JELLINEKs läge nur vor, wenn der Premier ipso jure Erster Lord des Schatzes würde, es wäre denn, dass ihm die Krone ein anderes Amt verleiht. Als drittes Beispiel werden von unserem Verfasser die Regeln in Betreff der Voraussetzungen angeführt, unter denen ein Kabinett demissionieren muss. Bis zur zweiten Reformbill sei ein Kabinett im Amte geblieben, bis es im Unterhause überstimmt wurde. Seither präge sich immer schärfer die neue Regel aus, dass bereits die Neuwahlen unmittelbar das Schicksal des Kabinetts bestimmen, und neuestens werde sogar versucht, schon den Nachwahlen im Verlaufe einer Parlamentsperiode diese Macht zuzuschreiben. Der Verfassungswandel in England sei in erster Linie Wandel seines dispositiven Staatsrechtes. Die Auffassung, die sich in diesem letzten Satze ausspricht, muss entschieden überraschen. Wir hatten bisher gedacht — und die beiden ersten Beispiele JELLINEKs schienen uns wenigstens in diesem Punkte recht zu geben —, dass das dispositive Recht und insbesondere das dispositive Staatsrecht JELLINEKs etwas wie den ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht darstelle; unzähligemale ausser Anwendung gesetzt, erhebe es doch immer wieder sein Haupt und habe eben infolge seiner „Nachgiebigkeit“ viel grössere Chancen unverändert fortzudauern als das „unnachgiebige“ — das „zwingende“ — Recht. Und nun spricht der Verfasser in seinem letzten Beispiel auf einmal von der Ausprägung einer „neuen Regel“ und gibt uns deutlich zu verstehen, dass gerade das nachgiebige Recht den allergrössten Wandlungen unterworfen ist, dass es das wandelbare Recht par excellence ist!

Eine Meinung lässt sich nur dann völlig widerlegen, wenn man weiss, wie sie im Geiste ihres Urhebers entstanden ist. Ich kann diesfalls nur eine Vermutung aussprechen. Bekanntlich unterscheiden die anglo-amerikanischen Juristen zwischen rigid und flexible constitutions, zwischen „starrem“ und „biegsamem“

Verfassungsrecht — je nach der grösseren oder geringeren Schwierigkeit, mit der dessen Abänderung verbunden ist. Es liegt nun gewiss sehr nahe, diesen Gegensatz mit dem zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht oder wenigstens das nachgiebige mit dem biegsamen Recht identifizieren zu wollen. Scheinen doch diese beiden letzteren Adjektive geradezu synonym zu sein! Und um so grösser ist die Gefahr einer Verwechslung, wenn man mit JELLINEK als nachgiebig jenes Recht bezeichnet, das sich — nicht gegenüber dem Parteiwillen, sondern — gegenüber der Gesetzgebung oder einer ihr homogenen Willensmacht als nachgiebig erweist. Ich für meinen Teil brauche kaum noch zu betonen, dass mir der Ausdruck nachgiebiges Recht eine völlige contradictio in adjecto bedeutet. Das dispositive Recht schränkt sein Geltungsbereich aus Rücksicht für einen von ihm respektierten Willen ein, innerhalb dieses Bereiches ist es aber so unnachgiebig wie jedes Recht. Und eben so unzutreffend ist — nebenbei bemerkt — der Ausdruck „zwingendes Recht", der ja immer die Vorstellung eines dahinterstehenden Rechtszwanges erweckt und daher die gerade im Verfassungsrecht so zahlreich vorkommenden leges imperfectae nicht mit zu umfassen vermag.

So wenig ich daher JELLINEK beistimmen kann, wenn er die Konventionalregeln für d i s p o s i v e s Recht erklärt, so teile ich doch vollkommen seine Ansicht, dass sie R e c h t sind. Wenn wir die weitaus wichtigste dieser Regeln — jene, wonach der parlamentarisch regierende Monarch trotz seines formell freien Ernennungsrechtes nur Angehörige und Vertrauensmänner der Mehrheit der Zweiten Kammer ins Kabinett berufen kann — als Beispiel nehmen, so kann, wie mir scheint, derjenige, der eine diesfällige R e c h t s pflicht des Monarchen leugnet, dessen Situation nur auf eine der folgenden Arten zu erklären versuchen: er kann entweder sagen, dass ein solcher Monarch bei der Ausübung seines Ernennungsrechtes einer p o l i t i s c h e n

Pflicht gehorche, oder er kann sagen, dass der Monarch tatsächlich gezwungen sei, sein Ernennungsrecht in diesem Sinne auszuüben.

Unter einer politischen Pflicht kann man aber, wenn man damit überhaupt eine präzise Vorstellung verbindet, nur eine solche verstehen, die — nicht durch einen konkreten Rechtssatz, sondern — unmittelbar durch ein Staatsinteresse diktiert wird. Nun ist aber der Monarch schon durch seine Stellung als Staatsorgan verpflichtet, sämtliche Staatsinteressen wahrzunehmen, sie, soweit sie divergieren, gegeneinander abzuwägen und im Sinne des jeweils wichtigsten und dringendsten Interesses zu handeln. Greift man daher von allen Staatsinteressen nur das eine allerdings unzweifelhaft vorhandene Interesse an der Vermeidung eines Verfassungsstreites heraus, um dessen Wahrnehmung zum Gegenstand einer besonderen über jene Organpflicht hinausgehenden politischen Pflicht zu machen, dann präjudiziert man dieser abwägenden Tätigkeit des Monarchen oder man muss — gewissermassen zur Kompensation — auch hinsichtlich einer Unzahl anderer Staatsinteressen, die mit dem erstgenannten in Konflikt kommen können, z. B. des Interesses an der Erhaltung des Friedens, an der Stärkung der Wehrkraft, an dem Gleichgewichte im Staatshaushalte u. s. w. besondere politische Pflichten statuieren. Damit richtet sich wohl der Gedanke von selbst.

Als einen Vertreter der Idee, dass der parlamentarisch regierende Monarch unter einem tatsächlichen Zwange handelt, glaube ich Piloty bezeichnen zu können, obgleich er sich nicht gerade expressis verbis zu dieser Ansicht bekennt. In seiner fesselnden Schrift: „Autorität und Staatsgewalt“ lässt er eine Reihe zeitlich und räumlich weit auseinanderliegender Erscheinungen des Staatslebens an uns vorüberziehen, deren gemeinsames Merkmal in der Loslösung der Autorität von der Staatsgewalt, der tatsächlichen von der rechtlichen Macht im Staate bestehen soll. Er erwähnt u. a. das Verhältnis zwischen dem

Kalifen und dem Emir (später Sultan) von Bagdad, welch' letzterer sich vom militärischen Oberbefehlshaber zum alleinigen Träger der Staatsgewalt emporschwang, wobei aber der von ihm verdrängte Kalif immer noch der formelle Beherrscher der Gläubigen blieb und Anspruch darauf hatte, dass sein Name im Kanzelgebet und auf den Münzen vor dem des Sultans genannt werde [9]. Und im Anschluss daran wird uns von dem japanischen Taikun erzählt, der nach Art eines Reichsverwesers regierte und den nominellen Herrscher, den Mikado, nicht nur an jeder Regierungshandlung verhinderte, sondern auch körperlich gefangen hielt [10]. Indem er nun diesen Gegensatz von Sein und Schein auch für die parlamentarisch regierten Monarchien Europas nachzuweisen sucht, kommt PILOTY auf das englische Königtum zu reden und behauptet, dass es im wesentlichen, nämlich im Mangel der Autorität bei Vollbesitz der Würde dem geistlichen Kaisertum des gefangenen Mikado und dem Kalifate „mit Predigt und Münze" gleiche [11]. So lehrreich nun diese historischen Parallelen sind und so wenig sich leugnen lässt, dass zwischen den von PILOTY verglichenen Erscheinungen im tiefsten Grunde eine Wesensverwandtschaft besteht, besonders wenn man die allen dreien gemeinsame und bei jeder von ihnen konservierend wirkende religiöse Weihe in Betracht zieht, so kann doch die Jurisprudenz, die es nicht mit dem innersten Wesen, sondern mit der Form und äusseren Erscheinung der staatlichen Dinge zu tun hat, nicht darüber hinwegsehen, dass der englische König im Gegensatz zu seinen angeblichen Doppelgängern sich auf freiem Fusse befindet und in allen Staatsangelegenheiten seinen Willen äussert, mag auch diesem Willen eine Schranke gezogen sein, deren Natur es hier eben zu bestimmen gilt.

Erinnern wir uns zu diesem Behufe einer Interpretations-

[9] A. a. O. S. 15.
[10] A. a. O. S. 16.
[11] A. a. O. S. 24.

regel, die von UNGER in seinem System des österreichischen Privatrechtes II. S. 92 folgendermassen formuliert wird: „Wer zu einem Zwecke berechtigt ist, der ist auch zur Anwendung der (an sich erlaubten) Mittel berechtigt, ohne die der Zweck nicht erreicht werden kann." Was hier von den Rechten gesagt wird, gilt mit logischer Notwendigkeit auch von den Pflichten. Wir werden auch sagen können: Wer zu einem Zwecke, wer zur Erfüllung einer Aufgabe rechtlich verpflichtet ist, der ist auch rechtlich verpflichtet, die (an sich erlaubten) Mittel anzuwenden, ohne die der Zweck nicht erreicht, die Aufgabe nicht erfüllt werden kann [12]. Allerdings, gibt es mehrere oder viele Mittel, um den Zweck zu erreichen, dann hat der Verpflichtete die Wahl zwischen ihnen und es kann den Anschein gewinnen, als ob es sich bei der Anwendung des von ihm gewählten Mittels um eine blosse res merae facultatis handeln würde. Gibt es aber nur ein einziges Mittel, dann ist es evident, dass er bei dessen Anwendung genau so unter dem Diktate einer Rechtspflicht handelt, wie bei der schliesslichen Erfüllung des Zweckes.

Die Nutzanwendung liegt auf der Hand. In parlamentarisch regierten Staaten ist der Monarch durch das Verfassungsrecht unmittelbar zu nichts anderem verpflichtet, als mit Beobachtung der Gesetze zu regieren. Eine Beschränkung in der Wahl seiner Ratgeber ist ihm nicht auferlegt. Aber die tatsächlichen Machtverhältnisse liegen so, dass er diese Rechtspflicht nur zu erfüllen vermag, wenn er seine Ratgeber der Mehrheit des Unterhauses entnimmt. Beriefe er andere Personen zur Regierung, so würde die Kammermehrheit, ohne selbst die Bahn des Rechtes verlassen zu müssen, ihn und das Kabinett durch die Budgetverweigerung und hundert andere Mittel aus dieser Bahn alsbald herausdrängen und ins Unrecht versetzen. Er ist also rechtlich

[12] Einen dritten Anwendungsfall desselben Gedankens bietet das Strafrecht. Die Normwidrigkeit des Versuches beruht darauf, dass, wenn ein Zweck verboten ist, auch die Anwendung der Mittel verboten sein muss.

verpflichtet, parlamentarisch zu regieren, weil dies angesichts der herrschenden Machtverhältnisse das einzige Mittel ist, um verfassungsmässig zu regieren.

Die Richtigkeit dieser Auffassung lässt sich erproben, wenn wir an einen Vergleich anknüpfen, den REHM, gleichfalls ein Anhänger der Theorie des tatsächlichen Zwanges, in seiner Allgemeinen Staatslehre S. 309 zieht. Er meint nämlich, dass der Monarch in einem Staate wie Belgien dem mit der Steuerverweigerung drohenden Parlamente ebenso gegenüber steht, wie ein Arbeiter dem Unternehmer beim Abschluss des Lohnvertrages: rechtlich frei, aber tatsächlich gezwungen, auf die Bedingungen der Gegenseite einzugehen. Allein rechtlich frei ist doch nur jener Arbeiter, der nur für sich selbst zu sorgen hat. Obliegt ihm eine Unterhaltspflicht gegen Dritte, dann ist er rechtlich verpflichtet, einen Lohnvertrag abzuschliessen, mag er auch vom Standpunkt seiner eigenen Lebensführung hiezu noch keineswegs gezwungen sein. Nur mit der Lage eines solchen Arbeiters lässt sich aber die des parlamentarisch regierenden Monarchen vergleichen. Auch dieser hat eine Rechtspflicht zu erfüllen, der er nur durch das Eingehen auf die Bedingungen des ihm gegenüberstehenden Machtfaktors gerecht werden kann[13]. Ein tatsächlicher Zwang hingegen, dem ja nie ein Staatsorgan als solches, sondern immer nur das ihm subsistierende menschliche Individuum unterworfen sein kann, erscheint durch die Verzichtbarkeit des Monarchenrechtes ausgeschlossen.

Aus dieser Auffassung folgt, dass die von uns als Beispiel genommene Konventionalregel ungeschriebenes Verfassungsrecht

[13] Damit soll natürlich nicht behauptet werden, dass ein solcher Monarch dem Parlamente untergeordnet ist. Er ist es nicht, weil ihm das Parlament nichts zu befehlen hat, denn er ist nur indirekt gegenüber dem Staate und nicht direkt gegenüber dem Parlamente verpflichtet, auf die Bedingungen des letzteren einzugehen. Auch der unterhaltspflichtige Arbeiter steht ja dem Unternehmer zwar nicht rechtlich frei, aber als formell gleichberechtigte Vertragspartei gegenüber.

ist, aber gleichwohl nicht Gewohnheitsrecht sein muss. Mit dem Augenblick, wo sich die Machtverhältnisse in der vorausgesetzten Weise gestalten, existent werdend, hat sie von allem Anfang an den Charakter eines mittelbar, indirekt oder implicite geltenden Rechtssatzes. Sie hat daher diesen Charakter nicht nur in England, wo sie seit beinahe zwei Jahrhunderten in Geltung steht, sondern auch in parlamentarisch regierten Staaten, in denen die Bildung eines Gewohnheitsrechtes schon durch deren kurzes Lebensalter ausgeschlossen ist. Bei unserer Auffassung erklärt sich aber auch das, was JELLINEK durch die Subsumtion der Konventionalregeln unter seinen Begriff des dispositiven Staatsrechtes zu erklären versucht, die rätselhafte Erscheinung nämlich, dass solche Regeln entstehen, sich wandeln und wieder verschwinden, ohne dass das Verfassungsrecht einer Aenderung bedürfte und auch ohne dass im Falle ihres Verschwindens derogatorisches Gewohnheitsrecht an ihre Stelle treten müsste. Die Rechtspflicht, durch welche der Monarch in der Wahl seiner Ratgeber beschränkt wird, hört von selbst auf, sobald in den tatsächlichen Machtverhältnissen ein Umschwung eintritt, sei es durch die Zersplitterung des Parlamentes in eine Anzahl kleinerer Fraktionen sei es durch einen auf andere Art — etwa durch einen siegreichen Feldzug — erlangten Machtzuwachs der Krone. Der Konventionalregel, auf der diese Rechtspflicht beruht, inhäriert nämlich logischerweise die Klausel: rebus sic stantibus und sie gleicht daher in der Art, wie sie ihre Geltung verliert, einem befristeten oder resolutiv bedingten Gesetze, das durch den Ablauf der Frist oder den Eintritt der Bedingung von selbst zum toten Buchstaben wird, ohne dass seine Aufhebung notwendig, ja auch nur — streng genommen — möglich wäre.

Und nun ist es an der Zeit, auf die Beispiele JELLINEKs zurückzukommen. Wenn ursprünglich erst das faktische Ueberstimmtwerden im Unterhause, später schon der ungünstige Ausfall der Neuwahlen und heute gar schon der ungünstige Ausfall

der Nachwahlen die Pflicht des Kabinetts begründet, zu demissionieren, so ist diese Wandlung nichts anderes als der Ausdruck jener Machtverschiebung, die, wie uns JELLINEK im weiteren Verlauf seiner Schrift selbst darlegt, auf Kosten des Parlamentes und zu Gunsten des Kabinetts und der Wählerschaft stattgefunden hat. Früher war das Vertrauen des Unterhauses, jetzt ist das Vertrauen der Wählerschaft das unerlässliche Mittel, um in England regieren zu können. Dieser Wandlung des Mittels entsprechend, hat sich auch der Inhalt der mittelbaren Rechtspflicht des Kabinetts geändert, zu demissionieren, sobald es nicht mehr das erforderliche Vertrauen zu besitzen glaubt.

Und wenn wir nun an den Fall GLADSTONE herantreten, so werden wir sagen, dass die mittelbare Rechtspflicht der Krone, ein Kabinettsmitglied zu entlassen, das seinen Sitz im Unterhause verloren (genauer gesagt: nicht wieder erlangt) hat, nicht weiter reicht, als dies zur Aufrechterhaltung der parlamentarischen und damit auch der verfassungsmässigen Regierungsweise notwendig ist. Kann dieser Zweck erreicht werden, ohne dass die Entlassung erfolgt, dann ist auch die Krone nicht zur Anwendung dieses Mittels verpflichtet. Es ist aber anzunehmen, dass es das Unterhaus nicht der Mühe wert gefunden hat, aus einer vereinzelten Irregularität einen casus belli zu schmieden und ihretwegen die Machtfrage aufzuwerfen.

Wenn endlich ein englischer Premier ausnahmsweise nicht das mit dieser Stellung gewöhnlich verbundene, sondern ein anderes Amt erhalten hat, so lässt sich auch dies durch die Annahme einer der Krone diesfalls eingeräumten Latitüde besser erklären, als durch die Annahme einer strikten Verpflichtung zur Verleihung eines bestimmten Amtes, von der sich jedoch die Krone selbst dispensieren könne.

In einem andern Abschnitt seiner Schrift[14] wird von JELLINEK

[14] A. a. O. S. 34 ff.

die sachlich gleichfalls hieher gehörige Frage des Sanktionsrechtes des parlamentarisch regierenden Monarchen berührt. Wenn er erwähnt, dass in Belgien trotz seines streng parlamentarischen Regimes vereinzelte Fälle unterbliebener Sanktion vorgekommen sind, so hätte er konsequenterweise auch hier von einem dispositiven Staatsrecht sprechen müssen. Von unserem Standpunkte können wir nur sagen, dass auch hier eine mittelbare Rechtspflicht vorliegt, dass der Monarch rebus sic stantibus zur Erteilung der Sanktion verpflichtet ist, dass aber diese Verpflichtung, ohne dass es einer auch nur stillschweigenden Aenderung des Verfassungsrechtes bedürfte, aufhört, sobald eine entsprechende Aenderung in den tatsächlichen Machtverhältnissen eingetreten ist. Die von JELLINEK angeführten Beispiele unterbliebener Sanktion scheinen wie erfunden, um unsere Ansicht zu bestätigen; denn sowohl 1845 als 1884 war, nachdem die belgischen Kammern die fraglichen Gesetzentwürfe angenommen hatten, ein solcher Umschwung in der Sachlage eingetreten, dass die Krone die Gewissheit hatte, durch Unterlassung resp. Verweigerung der Sanktion dem nunmehrigen Willen der Kammern zu entsprechen. Die Nichtsanktionierung war das einzige Mittel geworden, um parlamentarisch weiter zu regieren.

Wir haben schon erwähnt, dass DICEY die Konventionalregeln den Rechtssätzen gegenüberstellt, während wir sie für eine besondere Art von Rechtssätzen erklärt haben. Die Begründung, die er seiner Ansicht gibt, ist seltsam genug: er meint, sie seien deshalb keine Rechtssätze, weil ihre Verletzung nicht Gegenstand einer Beschwerde vor den Gerichtshöfen sein könne und von diesen überhaupt nicht beachtet werden dürfe, wogegen von HATSCHEK [15] eingewendet wird, dass doch auch das Unterhaus ein Gerichtshof sei. Jedenfalls würden nach DICEY auch alle leges imperfectae des Verfassungsrechtes aus dem

[15] Englisches Staatsrecht S. 546 Note 1.

Rechtsgebiete auszuscheiden sein. Allein in der Hauptsache glauben wir uns doch, was die Auffassung der Konventionalregeln betrifft, mit ihm in Uebereinstimmung zu befinden. In einem besonderen Abschnitte seines Buches wirft er nämlich die Frage auf, worin denn (nachdem eine gerichtliche Geltendmachung ausgeschlossen ist) die „Sanktion“ dieser Regeln liegt, und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Sanktion in nichts anderem als in der force of the law besteht, dass die Konventionalregeln, obwohl selbst kein Teil des Rechtes, ihre verpflichtende Kraft aus dem Rechte herleiten, da der Bruch einer solchen Regel einen Rechtsbruch mit Notwendigkeit nach sich ziehen müsse. Er drückt also negativ aus, was wir positiv ausgedrückt haben; ihm zufolge ist eine solche Regel behufs Vermeidung eines Rechtsbruches, unserer Auffassung nach ist sie behufs Erfüllung einer Rechtspflicht zu beobachten. Dies läuft auf dasselbe hinaus, aber unsere Formulierung hat den Vorzug, dass sie den von DICEY verkannten Rechtscharakter dieser Regeln zu deutlicherem Ausdruck bringt. Denn die Anwendung der Mittel zur Erfüllung einer Rechtspflicht muss logischerweise selbst Gegenstand einer Rechtspflicht sein. Es wäre daher angemessen, den den spezifisch englischen Verhältnissen entnommenen, jedoch, wie JELLINEK bemerkt [16], selbst für diese nicht ganz zutreffenden Ausdruck „Konventionalregel“ durch den Ausdruck „mittelbar geltendes Recht“ zu ersetzen.

Im folgenden seien einige hieher gehörige Erscheinungen aus dem österreichischen Verfassungsrecht angeführt. JELLINEK selbst bemerkt, dass in Oesterreich des Ministerpräsidenten nur in den Beilagen zum Gesetze über die Bezüge der Staatsbeamten Erwähnung getan wird, dass er also im geschriebenen Rechte nur eine budgetäre Existenz führt und dass auch das Gesamtministerium zwar in manchen Gesetzen vorausgesetzt

[16] A. a. O. S. 28 Note 1.

wird, aber einer eigentlichen verfassungsrechtlichen Grundlage — im Gegensatz zu der analogen Institution anderer Staaten — entbehrt [17]. Seiner Anschauung getreu erklärt er daher das österreichische Ministerium für eine verfassungsrechtliche Institution, die ihr Dasein dispositivem Rechte verdankt, das auf dem kaiserlichen Rechte der Ministerernennung und auf der Ministerverantwortlichkeit aufgebaut sei. Da aber, wie er weiter bemerkt, ohne Einigung der Minister über die Richtung der einzuschlagenden Politik und über wichtige Fragen der Verwaltung eine widerspruchslose Leitung des Staates unmöglich ist und daher das Gesamtministerium eine notwendige Einrichtung jedes Staates ist, so ist nicht einzusehen, wie die Grundlage dieser Einrichtung dispositiver, d. h. nachgiebiger oder wandelbarer Natur sein kann. Wir werden vielmehr sagen müssen: da diese Einrichtung das unentbehrliche Mittel ist, um die der Krone und der Regierung obliegende Pflicht zu widerspruchsloser Leitung des Staates zu erfüllen, so beruht sie in Oesterreich auf mittelbar geltendem, aber durchaus zwingendem, absolutem Rechte.

Als mittelbar geltendes Recht kann es ferner angesehen werden, dass in Oesterreich die gleichzeitige Tagung des Reichsrates und der Landtage vermieden wird, da sonst zahlreiche Politiker, die beiderlei Vertretungskörpern angehören, an der Ausübung des einen oder des andern Mandates verhindert würden.

Das wichtigste Beispiel bietet uns jedoch die überragende Stellung, die in Oesterreich der deutschen Sprache als Geschäftssprache der Zentralstellen, als Verhandlungssprache des Reichsrates u. s. w. zukommt, obgleich ihr die gesetzliche Anerkennung als Staatssprache fehlt und im Art. 19 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger die Gleichberechtigung aller Volksstämme und landesüblichen Sprachen prokla-

[17] A. a. O. S. 33.

miert wird. Wenn irgendwo, findet hier der Begriff des mittelbar geltenden Rechtes Anwendung; denn aus der Vereinigung mehrerer Volksstämme in einem Staatswesen ergibt sich von selbst die Notwendigkeit eines gemeinsamen Verständigungsmittels, das in Oesterreich unter den gegebenen Verhältnissen nur die deutsche Sprache sein kann.

Eine Reihe hieher gehöriger Fälle ergibt sich sodann aus dem Verhältnis der beiden Staaten der Monarchie zu einander. Nach § 11 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867 RGB. Nr. 146 wird der Versammlungsort der alljährlich einzuberufenden Delegationen vom Kaiser bestimmt. Der korrespondierende § 32 des ungarischen Gesetzartikels XII ex 1867 verfügt, „dass die Delegationen von Sr. Majestät für einen bestimmten Termin an jenen Ort einberufen werden, wo Se. Majestät zu jener Zeit verweilt. Doch sei es der Wunsch der ungarischen Legislative, dass die Sitzungen abwechselnd in dem einen Jahre in Budapest, im folgenden aber in Wien, oder wenn die Vertretung der übrigen Königreiche und Länder Sr. Majestät selbst es wünschen sollte, in irgend einer anderen Hauptstadt jener Länder abgehalten werden mögen“ [18]. Die Krone erscheint also prima facie in der Wahl des Versammlungsortes nach österreichischem Rechte gar nicht, nach ungarischem durch einen blossen Wunsch der Legislative beschränkt. Da aber die paritätische Behandlung der beiden Reichshälften eine unzweifelhafte Rechtspflicht der Krone und das Alternieren eines österreichischen mit einem ungarischen Versammlungsorte das einzige direkte Mittel ist, um dieser Pflicht in der vorliegenden Frage zu genügen, so muss diesfalls eine mittelbare Rechtspflicht der Krone angenommen werden. Ebenso ist es zu erklären, dass von den drei gemeinsamen Ministern (des Auswärtigen, des Krieges, der Finanzen) bisher stets einer der ungarischen Reichshälfte entnommen wurde. Es ist auch

[18] Die ungarischen Verfassungsgesetze, herausgegeben von Steinbach S. 81.

hier der soweit möglich zur Geltung gelangende Grundsatz der Parität, der eine mittelbare Einschränkung des nach dem Wortlaut der Ausgleichsgesetze uneingeschränkten Ernennungsrechtes der Krone herbeiführt. Bei der zunehmenden Machtverschiebung zu Gunsten Ungarns ist eine Umkehrung dieses Zahlenverhältnisses mit Leichtigkeit möglich. Zur Bildung von mittelbar geltendem Recht hat endlich auch die Inkongruenz zwischen dem § 8 des ungarischen Gesetzartikels XII ex 1867 und dem korrespondierenden § 1 lit. a) des österreichischen Gesetzes vom 21. Dezember 1867 StGB. Nr. 146 Anlass gegeben. Während nämlich ersterer erklärt, dass „die diplomatische und kommerzielle Vertretung des Reiches gegenüber dem Auslande, sowie die hinsichtlich der internationalen Verträge etwa notwendigen Verfügungen im Einverständnisse mit den Ministerien beider Teile und unter deren Zustimmung zu den Agenden des gemeinsamen Ministers des Auswärtigen gehören“ [19], fehlt in dem letzteren dieser Hinweis auf die Ingerenz der Ministerien beider Teile. Die österreichische Regierung hat daher lange Zeit Interpellationen, die im Reichsrate in betreff einer auswärtigen Angelegenheit an sie gerichtet wurden, a limine zurückgewiesen, bis sie sich endlich bewusst wurde, dass sie zwar nicht unmittelbar durch das Gesetz, aber mittelbar durch die Parität verpflichtet sei, auch in solchen Dingen Rede und Antwort zu stehen.

Unter unseren Beispielen hat sich eine Anzahl von Fällen befunden, in denen ein Ernennungsrecht mittelbar eingeschränkt ist. Es ist daher a priori wahrscheinlich, dass solche Einschränkungen auch bei dem dem Ernennungsrecht so nahe verwandten Wahlrecht vorkommen. Und in der Tat ist dem so, und zwar in viel höherem Masse, als der Theorie bisher zum Bewusstsein gekommen ist. Wer nämlich mit der herrschenden An-

[19] A. a. O. S. 77.

sicht[20], dass die Ausübung des parlamentarischen Wahlrechtes eine „fonction publique“ ist, wirklich Ernst machen will, der kann sich unmöglich damit begnügen, dass der Wähler einen mit einem beliebigen Namen ausgefüllten Stimmzettel abgibt, er muss auch verlangen, dass der Wähler die tatsächlichen Macht- und Parteiverhältnisse ins Auge fasst und seine Stimme einer Person zuwendet, deren Wahl rebus sic stantibus wenigstens nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Durch einen offenkundigen actus inanis, durch eine blosse Demonstration zu Gunsten einer gar nicht in Bewerbung stehenden Person kann die behauptete Organpflicht des Wählers vernünftigerweise nicht als erfüllt gelten. Wie daher der Wähler bei einer Stichwahl unmittelbar durch das Gesetz verpflichtet ist, sich zwischen zwei Kandidaten zu entscheiden, so erscheint er bei der ersten Wahl mittelbar verpflichtet, seine Wahl auf den Kreis der überhaupt vorhandenen Kandidaten zu beschränken. Durch diese mittelbare Rechtspflicht wird das politische Parteiwesen erst in den Bereich des rechtlich relevanten erhoben und ein Zusammenhang zwischen Politik und Recht in ähnlicher Art hergestellt wie früher bei der Betrachtung der parlamentarischen Regierungsweise.

Zu dieser kaum jemals fehlenden Einschränkung des Wahlrechtes können im einzelnen Falle noch andere hinzukommen. Ein weltbekanntes Beispiel hievon bietet der Vorgang bei der Wahl des nordamerikanischen Unionspräsidenten. Während nach dem Wortlaut und der Absicht der Verfassung die Wahlmänner sich bei der Präsidentenwahl nur durch ihre eigene Einsicht leiten lassen sollten, hat sich schon seit der vierten Präsidentenwahl die Regel herausgebildet, dass die Wahlmänner bereits im Hinblick auf einen bestimmten Kandidaten gewählt werden, dem sie unter Ausschluss jedes eigenen Ermessens unweigerlich ihre

[20] Der ich zwar für meine Person nicht beipflichte, was mich aber nicht hindert, eine logische Konsequenz aus ihr zu ziehen.

Stimme zu geben haben. „Man fühlte, dass eine Entscheidung von solcher Tragweite von der Nation allein gefällt werden konnte" — sagt diesfalls BRYCE [21] und drückt damit aus, dass diese mittelbare Rechtspflicht der Wahlmänner auf dem Gedanken der Volkssouveränität beruht. Nach dem Zeugnis desselben Schriftstellers [22] hat auch die Wahl der Senatoren der Union, die nominell durch die gesetzgebenden Körperschaften der einzelnen Staaten erfolgt, tatsächlich aufgehört, eine indirekte Wahl zu sein, indem gewöhnlich die Kandidaten für diese Körperschaften schon bei ihrer eigenen Wahl verpflichtet werden, diese oder jene Person zum Senator zu wählen. Dass übrigens auch andere indirekte Wahlen sehr leicht zur Formalität herabsinken, indem die Wahlmänner gebundene Marschroute erhalten, bezeugt GEORG MEYER, das parlamentarische Wahlrecht S. 525.

Allgemein bekannt ist ferner, wie ungemein leicht sich bei jeder Art von Wahl die Regel herausbildet, dass dieselben Personen solange wiedergewählt werden, als nicht ein besonderer Grund vorliegt, hievon abzugehen. Ein solcher Grund kann selbst wieder in der Existenz einer Regel bestehen, durch welche die gesetzlich unbeschränkte Möglichkeit einer Wiederwahl auf eine gewisse Zahl von Wahlperioden eingeschränkt wird. Das klassische Land der Wahlen bietet uns auch hiefür ein Beispiel: der Unionspräsident, dessen Wiederwahl nach dem Wortlaut der Verfassung unbeschränkt ist, kann dennoch nur einmal und nicht öfter wiedergewählt werden, eine Regel, die auf Washington zurückgeht, der eine zweite Wiederwahl als eine Gefahr für die republikanischen Einrichtungen bezeichnet und sie für seine Person abgelehnt hat. Es ist gewiss sehr charakteristisch, dass seither der einzige, allerdings misslungene Versuch diese Regel

[21] The American Commonwealth I. Chapt. V.
[22] A. a. O. Chapt. X.

umzustossen, zu Gunsten des von militärischem Prestige umgebenen Präsidenten Grant gemacht wurde, also eine Nachwirkung der im Sezessionskriege eingetretenen Machtverschiebung darstellen dürfte [23].

Eine gleichfalls in der Union herrschende Regel, bei der es allerdings zweifelhaft ist, ob man sie als mittelbar geltendes Recht oder als derogatorisches Gewohnheitsrecht ansehen soll, ist die, dass die Wählbarkeit tatsächlich auf die im Wahlbezirke wohnhaften Personen beschränkt ist, obwohl die Verfassung von einer solchen Einschränkung nichts weiss [24]. Und nur der Ansatz zu einer solchen Regel liegt in der in der Union — namentlich im Gegensatze zu England — herrschenden Tendenz, die Wiederwahl von gewesenen Mitgliedern des Repräsentantenhauses zu vermeiden, wobei der Gedanke massgebend zu sein scheint, dass der Platz an der Staatskrippe nicht allzu lange von derselben Person innegehabt werden soll [25].

Ein bekanntlich nicht ganz gelungener Versuch, das passive Wahlrecht indirekt einzuschränken, lag endlich auch in der früheren Diätenlosigkeit der deutschen Reichstagsmitglieder.

Das aktive Wahlrecht ist nur ein spezieller Fall des Stimmrechtes. Wenn wir nun fragen, ob auch solche Abstimmungen, die nicht eine Wahl zum Gegenstande haben, durch mittelbare Rechtsgebote beherrscht sein können, so haben wir selbstverständlich in erster Linie an die Abstimmungen im Schosse der Parlamente und anderer politischer Körperschaften zu denken. Nun ist nichts allgemeiner bekannt und nichts erscheint von dem Wesen solcher Körperschaften unzertrennlicher, als dass ihre Mitglieder nicht auf Grund ihrer freien Ueberzeugung, sondern auf Grund eines vorausgegangenen Parteibeschlusses zu stimmen und überhaupt politisch zu handeln pflegen. Die herrschende Theorie glaubt jedoch diese Tatsache ignorieren oder in das

[23] BRYCE a. a. O. Chapt. V.
[24] u. [25] BRYCE a. a. O. Chapt. XXXIV.

Gebiet der Politik verweisen zu können. Ihr erscheint die Stellung eines Parlamentsmitgliedes nicht wesentlich verschieden von der eines Staatsrates, der ja sein Votum sicherlich nur auf Grund eigener individueller Ueberzeugung abzugeben hat. Dem Ideal staatsrechtlicher Korrektheit würden hienach nur jene sporadisch vorkommenden Volksvertreter entsprechen, die sich aus was immer für einem Grunde keinem Parteiverbande anschliessen. Das Muster eines Parlamentes wäre aber dasjenige, von dem man möglichst oft sagen könnte: Quot capita, tot sensus! Tatsächlich liegt es aber in der Natur so vielköpfiger Versammlungen, dass der einzelne darin nur als Angehöriger einer Gruppe zur Geltung kommen kann. Dies findet sogar im geschriebenen Rechte seinen Ausdruck, indem nach den parlamentarischen Geschäftsordnungen nur solche Anträge und Interpellationen berücksichtigt werden, die von einer gewissen Mindestzahl von Mitgliedern ausgehen. Der Anschluss an eine solche Gruppe d. i. regelmässig der Eintritt in den Verband und die Unterwerfung unter die Beschlüsse der Partei, auf deren Programm hin er gewählt wurde, ist daher eine mittelbare Pflicht jedes Abgeordneten, da er in aller Regel nur auf diese Art die ihm anvertrauten Interessen erfolgreich vertreten kann. Dass diese Verpflichtung keine strikte ist, sondern infolge ihrer mittelbaren Natur dem Ermessen des einzelnen einen mehr oder minder weiten Spielraum lässt, braucht kaum noch betont zu werden. Andererseits kann aber aus den früher angeführten und mutatis mutandis auch hier zutreffenden Gründen von einer politischen Pflicht oder einem tatsächlichen Zwange keine Rede sein. Auch Bryce (Chapt. XXXIV) stellt die Gewohnheit der Parteien, Beschlüsse mit bindender Wirkung für ihre Mitglieder zu fassen, in eine Linie mit einer Reihe von Konventionalregeln, die unzweifelhaft den Charakter von Rechtssätzen haben.

Mittelbare Rechtspflichten entspringen ferner aus manchen Kompromissen, die zwischen den Parteien auf längere Zeit z. B.

für die Dauer einer Legislaturperiode und im Hinblick auf ihr gegenseitiges Machtverhältnis abgeschlossen werden. Insbesondere gilt dies von dem Schlüssel, nach welchen die Mandate für die verschiedenen Kommissionen, Ausschüsse u. s. w. auf die verschiedenen Parteien, ihrer ziffermässigen Stärke entsprechend, verteilt werden. Ein hervorragendes Beispiel bietet uns diesfalls die Praxis des österreichischen Abgeordnetenhauses. Nach § 8 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867 RGB. Nr. 146 resp. Art. II des Gesetzes vom 2. April 1873 RGB. Nr. 40 ist von den auf das Abgeordnetenhaus entfallenden 40 Mitgliedern der österreichischen Delegation jedem einzelnen Kronlande eine bestimmte Zahl zugewiesen. Die Wahl dieser Mitglieder erfolgt in der Weise, dass die Abgeordneten getrennt nach den Kronländern, aus denen sie gewählt wurden, zusammentreten und die Wahl der einzelnen Mitgliederquoten vornehmen. Bei den mehrsprachigen Kronländern ergibt sich hiedurch die Gefahr, dass der in der Minderheit befindliche Volksstamm zu gar keiner Vertretung in der Delegation gelangt. Dies hat wenigstens für jene Kronländer, wo diese Gefahr am grössten ist, für Böhmen und Mähren, zu einem Kompromiss geführt, wodurch der deutschen Minderheit eine entsprechende Zahl von Delegiertenstellen gesichert wurde. Dass aus solchen Vereinbarungen Rechtspflichten entspringen, scheint mir nur derjenige leugnen zu können, der mit Dicey in der Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung ein wesentliches Merkmal des Rechtes erblickt. Wer aber die Existenz eines Völkerrechtes und eines nicht erzwingbaren Verfassungsrechtes anerkennt, wird nicht umhin können, diesen Vereinbarungen juristischen Charakter beizulegen, da jedes politische Zusammenarbeiten unmöglich wäre, wenn sie mutwillig, d. h. ohne Aenderung der ihnen zu Grunde liegenden Machtverhältnisse verletzt werden dürften.

Es liegt nahe, auch die parlamentarischen Geschäftsordnungen, soweit sie auf autonomer Satzung beruhen, für mittel-

bar geltendes Recht zu erklären, wie denn auch DICEY und BRYCE einzelne Geschäftsordnungsvorschriften, z. B. die, dass im englischen Unterhause jede Bill mehreremale gelesen werden muss oder dass im Kongress die Geschäfte in der Hauptsache durch ständige Ausschüsse geführt werden, unter den Konventionalregeln anführen. Allein so gross naturgemäss die Freiheit ist, mit der jede Kammer einer solchen Geschäftsordnung gegenübersteht und so leicht diese daher den wechselnden Machtverhältnissen angepasst werden kann, so bedarf es doch immer eines Willensaktes der Kammer, um eine solche Modifikation vorzunehmen. Es gehört aber zum Wesen des mittelbar geltenden Rechtes, dass es sich ohne jeden Willensakt, durch das blosse Nichtmehrzutreffen der Klausel rebus sic stantibus ändert. Sofern aber eine auf Gesetz oder Verfassungsvorschrift beruhende Regel der Geschäftsordnung durch einfachen Kammerbeschluss geändert wird, liegt entweder ein Rechtsbruch — eine „Rechtssatzanmassung", wie HATSCHEK [26] für das englische Recht sagt — vor oder wir haben es mit einer Erscheinung des subsidiären, also im Sinne JELLINEKs und v. MARTITZ dispositiven öffentlichen Rechtes zu tun.

Unter den englischen Bezeichnungen für die Konventionalregeln befindet sich auch die als customs, was mindestens auf eine nahe Beziehung zwischen dem mittelbaren und dem Gewohnheitsrecht hindeutet. Die Aehnlichkeit zwischen ihnen besteht natürlich darin, dass beide ohne einen rechtsetzenden Willensakt zu gelten beginnen. Wir glauben aber deutlich genug gezeigt zu haben, dass nicht die Gewohnheit, sondern die Notwendigkeit die Schöpferin des mittelbaren Rechtes ist, was nicht ausschliesst, dass die Machtverhältnisse, auf denen diese Notwendigkeit beruht, sich manchmal erst im Laufe eines längeren Zeitraums herausgebildet haben können.

---

[26] A. a. O. S. 582.

Da es sich ferner um die Mittel zur Erfüllung einer Rechtspflicht handelt, so kann — wie wir gleichfalls schon angedeutet haben — bei den in Frage stehenden Regeln der Rechtscharakter nicht gleichmässig stark ausgeprägt sein. Je mehr Mittel es gibt, um diesen Zweck zu erreichen, und je entfernter die Beziehung zwischen Mittel und Zweck ist, desto mehr wird sich der mittelbar geltende Rechtssatz der rechtlich irrelevanten Maxime nähern. Wenn z. B. der Präsident der französischen Republik nach erfolgter Demission des Kabinetts regelmässig die Kämmerpräsidenten zu sich beruft, so ist es klar, dass dies nur eines von vielen Mitteln ist, um sich über den Willen der Kammern hinsichtlich der mit der Kabinettsbildung zu betrauenden Persönlichkeit zu informieren. Und wenn dem Führer der Opposition im englischen Unterhause der Text der Thronrede zugestellt wird, noch bevor die Sessionseröffnung erfolgt[27], so ist der Kausalnexus zwischen diesem Gebrauch und dem parlamentarischen Regime ein so entfernter, dass wir uns diese Höflichkeit auch unter ganz andern politischen Verhältnissen beobachtet denken können. Man kann daher solche Regeln, so ständig sie eingehalten werden und so empfindliche Folgen ein Verstoss gegen sie haben mag, kaum mehr als Rechtssätze betrachten. Eine scharfe Grenze zwischen Recht und Nichtrecht diesfalls ziehen zu wollen, erscheint mir jedoch als ein ganz aussichtsloses Unternehmen.

Es wäre, wie JELLINEK bemerkt, gewiss sehr lehrreich, wenn wir eine erschöpfende Darstellung der in den verschiedenen Staaten herrschenden Konventionalregeln hätten. Aber auch ohne eine so breite Grundlage der Betrachtung glaube ich zusammenfassend sagen zu können:

Was JELLINEK dispositives Staatsrecht nennt, kann diese Bezeichnung nur in einem uneigentlichen Sinne führen. Aber

[27] HATSCHEK a. a. O. S. 546 Note 1.

weder in diesem noch in einem andern Sinne sind die Konventionalregeln dispositives Staatsrecht. Sie sind, soweit sie juristischen Charakter haben, absolutes, aber mittelbar geltendes Recht, dem als solchem die Klausel rebus sic stantibus inhäriert. Es entspringen daraus Rechtspflichten, deren Inhalt sich automatisch den jeweiligen Machtverhältnissen anpasst.

Rechtsbegriffe und Wirklichkeit.

Von

Dr. A. AFFOLTER in Lausanne.

I.

Die Frage nach der Wirklichkeit der Rechtsbegriffe ist die Frage, ob den Vorstellungen, aus denen der Rechtsbegriff sich zusammensetzt, nach allen Richtungen hin Tatsachen der äussern Erfahrung zugrunde liegen.

JELLINEK, in seiner allgemeinen Staatslehre, verneint diese Frage. Er sagt S. 155: „Den Rechtsbegriffen als solchen entspricht keine Realität ausser uns“. Ferner: „Der Begriff der Körperschaft aber ist ein rein juristischer Begriff, dem, wie allen Rechtsbegriffen, in der Welt der Tatsachen nichts objektiv Wahrnehmbares entspricht“. Und in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 17: „Die juristischen Begriffe haben keine Wesenheiten zum Objekte“.

Es scheint mir aber, dass nur etwas Wirkliches, nur etwas, das voll und ganz der empirischen Betrachtung zugänglich ist, auf dem Gebiete des gesellschaftlichen Lebens zu wirken vermöge. Der Rechtsbegriff muss Vorstellungen äusserer Wirklichkeit enthalten; die in Sprachsätze ausgedrückten Rechtsbegriffe haben Vorstellungen hervorzurufen, die genau der Welt der Tatsachen entsprechen und nicht mehr und nicht weniger enthalten.

Nun rechnen wir aber nicht nur dasjenige, das wir unmittelbar sinnlich wahrnehmen können zum Wirklichen, sondern auch all' dasjenige, das wir aus dem sinnlich Wahrgenommenen als in der Aussenwelt vorhanden zu folgern vermögen. So sind z. B. die gesetzmässig wirkenden Naturkräfte nicht unmittelbar der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich; wir folgern sie aus den wahrgenommenen Wirkungen u. s. w.

Das Recht selbst, soweit es gilt, ist etwas Wirkliches, etwas das ausserhalb der Vorstellungswelt des Beobachters existiert und wirkt. Freilich kann man das geltende Recht nicht unmittelbar wahrnehmen, da es seine Existenz nur im Wissen der Uebenden hat; aber man kann es durch die Mitteilungen der Wissenden erfahren und man kann die Geltung aus sinnlich wahrnehmbaren Vorgängen folgern.

Das Recht bewirkt Verhältnisse zwischen Menschen, Rechtsverhältnisse. Diese Rechtsverhältnisse sind etwas Wirkliches; ihre Existenz und ihre Wirkungen können wir auf Grund sinnlicher Wahrnehmungen beobachten, bzw. folgern. Das Verhältnis ist allerdings nicht etwas, das selbst sinnlich wahrnehmbar wäre; es ist bloss der kurze sprachliche Ausdruck für das Vorhandensein einer Reihe von wirklichen Tatsachen. Dem Rechtsbegriffe des Besitzes, um ein Beispiel anzuführen, entspricht die Wirklichkeit des Gegenstandes der Innehabung, die Tatsache der Beherrschung des Gegenstandes durch ein Subjekt und die Existenz des objektiven Rechts, das das Subjekt in der Innehabung gegenüber andern Subjekten schützt. Alle Vorstellungen, die in dem Rechtsbegriffe enthalten und durch den sprachlichen Ausdruck desselben wieder erweckt werden sollen, sind Vorstellungen von Wirklichem; fehlt nur ein Teil von diesem vorgestellten Wirklichen, so ist das, was wir mit dem Begriffe bezeichnen wollen nicht da. Das dem Rechtsbegriffe entsprechende Wirkliche ist allerdings nicht etwas, das man mit einem Blicke überschauen, mit einem Griffe fassen kann, es sind vielmehr

eine Reihe sinnlicher Wahrnehmungen nötig, um das zusammenhängende Wirkliche zu erschliessen. Das Heraussuchen und Hervorheben aller in der Wirklichkeit vorhandenen Momente als Merkmale des Rechtsbegriffes ist allerdings geistige Tätigkeit, aber im Grunde keine andersgeartete als die bei der Begriffsbildung anderer wirklicher Dinge. Der Geist ordnet auch die Beobachtungen, aber er fügt nichts hinzu, das nicht in Wirklichkeit da wäre und lässt auch nichts weg, das im wesentlichen Zusammenhange steht. Man wird vielleicht sagen, die Ordnung und Zusammenfassung des Wahrgenommenen wenigstens sei etwas rein Geistiges, das durch die Wirklichkeit nicht gedeckt werde. Aber dieser Einwand ist unzutreffend. Der Zusammenhang muss, wenn die innerliche Ordnung und Zusammenfassung begründet sein soll, schon objektiv zwischen dem Wahrgenommenen bestehen. Der wirkliche Zusammenhang muss uns zur innerlichen Zusammenfassung nötigen, ohne dass eine subjektive Zutat erfolgt. Der äussere Zusammenhang drängt sich uns allerdings nicht immer sofort auf; er muss entdeckt, aber in der Welt der Wirklichkeit entdeckt werden.

Die Rechtsbegriffe sind nicht Abstraktionen, sie sind so konkret wie jeder andere Begriff von etwas Wirklichem; sie werden nur abstrakt, wo jeder andere Wirklichkeitsbegriff abstrakt wird, d. h. dann, wenn man nur den Gattungsbegriff hervorheben will.

Es wird insbesondere die Persönlichkeit als eine Abstraktion hingestellt. Was zunächst die Persönlichkeit des Menschen anbetrifft, so ist es richtig, dass die Natur nur Menschen schafft und keine Rechtssubjekte und dass es also eigentlich keine natürlichen, sondern nur juristische Personen gibt, LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reiches I. S. 89 Anm. 1. Allein auch die Rechtsordnung, welche den Menschen Rechte verleiht und Pflichten überbindet, ist wirklich. Der Mensch und etwas weiteres, das aus der Rechtsordnung stammt, bilden vereint das Wirkliche.

das dem Begriffe der sog. natürlichen Person entspricht. Die Verbindung des rechtlichen Momentes mit dem Menschen ist objektiv gegeben. GIERKE, Deutsches Privatrecht I. S. 470 bemerkt, die Persönlichkeit als Rechtsbegriff beruhe auf einer Abstraktion, die aus der Wirklichkeit einen Teilinhalt heraushebe. Das Herausheben von Momenten aus der Wirklichkeit ist aber durchaus nicht bloss der Bildung von Rechtsbegriffen eigentümlich. Bei jeder Begriffsbildung wird man das Zusammengehörende aus der übrigen Wirklichkeit herausheben müssen. Das Herausheben ist nicht Abstraktion, es wird nichts weggezogen, das nicht schon objektiv sich von dem übrigen als abhebbar erweist; es wird auch nichts weggelassen und weggedacht, das nicht schon objektiv als nicht zum Inhalte gehörig, dem Inhalte fremd, abseits steht. So ist der Begriff der Baumkrone, der Pflanzenwurzel, des Hausdaches, der Stuhllehne, der Messerklinge, der Nase, des Ohres u. s. w. keine Abstraktion, obwohl man aus der Wirklichkeit einen Teilinhalt heraushebt. Der Rechtsbegriff ist, wie jeder Wirklichkeitsbegriff, Begriff von einem in der Aussenwelt erkennbaren Geschlossenen. Die Teile oder Momente der Geschlossenheit können gleichzeitig Teile oder Momente von andern Geschlossenheiten bilden; denn alles Wirkliche steht im Zusammenhange. Man kann z. B. die Muskeln der Hand als Bestandteile der Muskulatur überhaupt und hinwiederum als Bestandteile der Hand als solcher ansehen. Es vermag etwas zugleich Moment in verschiedenen Begriffen zu sein, je nachdem man den Gesichtspunkt wählt. Die Anordnung, welche dem Menschen die Rechtssubjektivität begründet, ist Bestandteil der Rechtsordnung, zugleich aber auch Bestandteil der Persönlichkeit. JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 28 bemerkt: „Die Persönlichkeit gehört nicht der Welt der Dinge an sich an, ist überhaupt kein Sein“. Wenn man unter Ding an sich sinnlich wahrnehmbare Körper versteht, so ist die Persönlichkeit allerdings nicht ein Ding an sich; denn sie wirkt nicht

in ihrer Totalität auf die Sinne. Wohl aber ist sie seiend, objektiv gegeben, in ihrer geschlossenen Wirklichkeit erkennbar. Wäre sie es nicht, so hätte sie nicht Bedeutung in der Welt der Wirklichkeit. Die Person ist so gut wirklich wie der Freund, der Feind, die Geliebte, die Braut, der Vater, der Bruder etc. Da wie dort treten zur Wirklichkeit des Menschen wirkliche, objektiv erkennbare Beziehungen hinzu.

II.

Treten wir der Frage näher, ob dem Begriffe des menschlichen Verbandes in der Welt der Tatsachen etwas Wirkliches entspreche. Wirklich sind die Menschen, die den Verband bilden; allein mit dieser Wirklichkeit haben wir noch nicht diejenige des Verbandes selbst. Wirklich ist im Fernern aber auch der Zusammenhang, der unter den Mitgliedern des Verbandes besteht. Die Beobachtung zeigt uns, dass diese Menschen in bestimmter Weise mit einander verkehren und sich zu einander verhalten, m. a. W. in bestimmte gegenseitige Verhältnisse treten. Wir erkennen diese Verhältnisse als Wirkungen der geltenden Verbandssatzungen, Wirkungen, die unserer Erfahrung zugänglich sind. Dieser objektiv gegebene Zusammenhang ist allerdings kein naturgesetzlicher oder physischer, wie der Zusammenhang der Zellen eines organischen Körpers; er ist lediglich ein rechtsgesetzlicher, bzw. ein vereinssatzungsmässiger Zusammenhang, aber darum nicht weniger wirklich.

Die Zusammenschliessung der einzelnen Menschen durch das Vereinsgesetz begründet eine Verbindung; das Verbundene hebt sich gegenüber anderem, nicht damit Verbundenen ab; es entsteht eine Geschlossenheit, ein Verband, eine äussere Einheit. Aeussere Einheiten bilden sich durch Geschlossenheit zusammenhängender kleinerer Einheiten; sie kehren ihre Einheit nach Aussen und unterscheiden sich so vom Uebrigen. So ist z. B. der Tisch, das Gebäude, der Felsblock u. s. w. eine Einheit im

Verhältnis zur Umgebung; der organische Körper ist Einheit im Verhältnis zu seinesgleichem und anderem. Die Geschlossenheiten sind Einheiten nur in Beziehung nach aussen; ihrem Inhalte nach sind sie Zusammensetzungen. Solange aber die Zusammensetzung nicht zerstört, der Zusammenhang nicht aufgehoben ist, erscheint uns das Geschlossene äusserlich als Eines und, wenn die Trennung nur unter Zerstörung der Zweckmässigkeit der Verbindung geschehen könnte, als Individuelles. Die äussere Einheit ist aber nicht zugleich solche nach innen; Einheit in sich ist nur das, nicht vorstellbare Atom.

Der Verband als eine im innern zusammenhängende Masse von Menschen und als nach aussen sich abhebende Geschlossenheit oder Einheit, ist etwas Wirkliches, weil alles, was dabei zur Erscheinung kommt wirklich ist, die Menschen und die geltenden Vereinssatzungen. Die Einheit ist dabei eine Folge des Sichabhebens der Verbindung, eine natürliche Folge, eine Folge, die ohne weiteres eintritt.

Die Einheiten sind für ihre Umgebung entweder Objekte oder Subjekte. Objekte sind sie, wenn sie bloss Einwirkungen von Aussen erfahren; Subjekte sind sie. wenn sie von sich aus auf die Umgebung einwirken. Die Verbände erscheinen uns als Subjekte oder Individuen, nicht als Gegenstände, weil wir ein vernünftiges Wirken derselben auf ihre Umgebung beobachten können. Dabei ist das Subjekt des Verbandes noch nicht Rechtssubjekt, sondern wird es erst durch Verleihung der über dem Verbande herrschenden Rechtsordnung. Die Verfassung des Verbandes macht den Verband nicht schon zum Rechtssubjekte. Allerdings wird der innere Zusammenhang der Teile des Verbandes durch die Rechtsnormen des Verbandsrechtes bewirkt, allein die Einheit und Subjektivität ist nicht eine Anordnung des Verbandsrechts.

Zu betonen ist, dass der Zusammenhang unter den Mitgliedern des Verbandes durch die Vereinssatzungen bewirkt wer-

den. Dieser Zusammenhang ist also ein rechtlicher und zwar bei allen menschlichen Verbänden, vom gewöhnlichen Vereine aufwärts bis zum Staate; er ist geschaffen durch das objektive Recht der Vereinssatzungen. Die Entstehung des Verbandes fällt zusammen mit dem Inkrafttreten des Verbandsgesetzes, vorher finden nur Vorbereitungshandlungen statt. Vor dem Inkrafttreten der Verbandsverfassung besteht kein Verband, die Entstehung des Verbandes ist bedingt durch das Auftreten des geltenden Verbandsgesetzes. Das Verbandsrecht existiert auch nicht neben, unter oder über dem Verbande, sondern nur im Verbande. Es gibt Auffassungen, als ob die Verbindung der Glieder des Verbandes durch etwas anderes als durch Rechtsnormen bewirkt werde, durch irgend etwas Geistiges, so dass dann das Verbandsrecht neben dem Verbande als besondere Wesenheit existierte. Diese Auffassung ist unzutreffend; nur das Recht verknüpft die Menschen durch Begründung gegenseitiger Rechte und Pflichten, durch Schaffung von Rechtsverhältnissen. Sitte und Gefühl kann dabei mitwirken aber nicht einzig die Verbindung begründen. Damit ist aber dargetan, dass das Verbandsrecht etwas Internes, etwas den innern Zusammenhang Bewirkendes, das Gesetzmässige in der Geschlossenheit ist. Das Verbandsrecht ist nicht Gegenstand des Verbandes, so dass der Verband als Subjekt das Verbandsrecht zu erzeugen und abzuändern vermöchte. Der Verband hat das Verbandsrecht nicht geschaffen; denn er hat die Entstehung des Verbandsrechts zur Voraussetzung seiner Entstehung. Aber auch nach Entstehung des Verbandes kann sich dieser nicht über das sein Inneres zusammenhaltende Recht erheben und es beeinflussen. Die Einheit oder Subjektivität, die ja nur in der nach aussen sich kehrenden Unterscheidung des Ganzen besteht, kann sich nicht nach innen wenden. Die Aenderung des Verbandsrechts wird nur durch Faktoren im Verbande bewirkt, nicht durch den Verband selbst als Einheit. Das neu- oder weiter-

gebildete Recht schmiegt sich dem bisherigen Rechte an und übt die nämliche Funktion, d. h. die des Zusammenfassens der Mitglieder aus. Das Verbandsrecht steht aber auch nicht über dem Verbande, es vermag nicht den Verband selbst zu beherrschen, es kann nicht aus dem Verbande heraustreten und sich über ihn stellen, ihn mit Rechten und Pflichten, mit Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit ausstatten. Nur eine Rechtsordnung, die über dem Verbande herrscht und höhern Ranges ist als das Recht der Verbandssatzungen, vermag der Einheit oder Individualität des Verbandes Rechte und Pflichten und damit die Persönlichkeit zu verleihen. Beim Staatsverbande ist es nicht das staatliche Recht, sondern das Völkerrecht, das der nach aussen sich kehrenden Einheit oder Individualität des Verbandes die Persönlichkeit verleiht. Der Rechtsbegriff des Verbandes ist überhaupt stets solcher des über dem Verbande herrschenden Rechts und nicht des innern Verbandsrechts, wenn auch der soziale Verbandsbegriff, worauf der Rechtsbegriff basiert, sich gleich bleibt.

Erklärungsbedürftig ist der Umstand, dass ein und derselbe Mensch Mitglied verschiedener Verbände sein kann. Die Erklärung liegt jedoch darin, dass mehrere Rechtsordnungen zugleich die Menschen zu beherrschen vermögen. Der Mensch ist dann so oft Person, als es Rechtsordnungen sind, die auf ihn einwirken; jeder Verband hat seine eigene Rechtsordnung und der Mensch ist Mitglied des Verbandes nur als Person gemäss dieser Rechtsordnung. So ist der Mensch Mitglied eines Vereins als Persönlichkeit gemäss dem Vereinsrecht; er ist Mitglied der Gemeinde als Persönlichkeit gemäss dem Gemeinderecht; er ist Mitglied des Gliedstaates als Rechtssubjekt gemäss dem gliedstaatlichen Rechte; er ist Mitglied des Staates als Rechtssubjekt nach staatlichem Rechte.

Mit den Vereinssatzungen werden Zwecke zu erreichen gesucht. Der Zweck kann zunächst in der Befriedigung der Interessen der Einzelnen als solchen liegen. Die Vereinssatzungen

ordnen dann die Interessen gegenseitig, es entstehen gegenseitige Rechte und Pflichten, Rechtsverhältnisse der Mitglieder. Der Zweck kann aber auch in der Verfolgung gemeinsamer Interessen oder Bestrebungen liegen, die Vereinssatzungen ordnen dann die Art und Weise des gemeinsamen Vorgehens. Während die Befriedigung gegenseitiger Interessen das innere Leben des Verbandes, d. h. den gegenseitigen Kontakt der Mitglieder zum Ausdrucke gelangen lässt, bringt das gemeinsame Vorgehen das Ganze, die Einheit des Verbandes in Kontakt mit der äussern Umgebung.

Der Schutz und die Befriedigung der Genosseninteressen soll durch das Wirken der Gesetze erzielt werden. Das Gesetz sieht dabei einzelne Genossen oder Gruppen von Genossen vor, die das innere Recht weiterbilden, für die Durchführung desselben sorgen und die gemeinsamen Interessen nach aussen wahren. Man spricht von Behörden oder Organen. Die Organe sind im Verbande enthalten, sind wirkliche Teile des wirklichen Ganzen. Wenn man aber diese Organe als von den ihre Umgebung bildenden weitern Teilen des Verbandes abgehoben betrachtet, so erscheinen sie im Verhältnis zu dieser ihrer Umgebung ebenfalls als Einheiten. Es sind also Einheiten in der Einheit möglich. So können wir auch das Auge, das Herz u. s. w. als Einheit in der Einheit des animalischen Körpers betrachten. Allerdings ist dann diese Einheit nur Teil des Inhaltes einer grössern Einheit und steht mit den übrigen Teilen der letztern im Zusammenhange; allein eine gewisse Unterscheidung von den übrigen Teilen, eine gewisse Gegensätzlichkeit dazu kann beobachtet werden. So ist der einzelne Genosse Einheit in der Einheit des Verbandes sowohl in seiner Eigenschaft als Bürger, als auch in seiner Eigenschaft als Organ. Besteht das Organ aus mehreren Genossen, so beobachten wir zunächst einen besondern gesetzlichen Zusammenhang dieser Genossen, herbeigeführt durch die Kollegialverfassung; diese Verbindung wird dann durch ihre, den übrigen Teilen des Verbandes sich zu-

kehrende Unterscheidung zur Einheit. Die Organe als Einheiten erhalten vom Gesetze ihre Aufgaben zugewiesen, sie sind staatsrechtliche Rechtssubjekte oder Persönlichkeiten. Die Willensäusserung von Organen, die aus mehreren Genossen zusammengesetzt sind, ergibt sich aus den Beschlüssen derselben.

Der menschliche Verband vermag einen Willen gegenüber Seinesgleichen oder Gleichgestellten zu äussern. Der Staat gibt seine Willenserklärung gegenüber andern Staaten dadurch ab, dass Organe, welche verfassungsmässig dazu berufen sind, erklären. Der Wille der betreffenden Organe ist nach der Verfassung bindend für alle Teile des Verbandes, und was für sämtliche Teile verbindlich ist, erscheint völkerrechtlich für das Ganze, für die Einheit verbindlich.

Der Wille der Verbandseinheit richtet sich, weil die Einheit nur in der Unterscheidung nach aussen besteht, an gleichgestellte Subjekte, d. h. an Subjekte mit Persönlichkeit gemäss der gleichen Rechtsordnung, er äussert sich nur in äussern Angelegenheiten. Der Wille der Organe in Bezug auf die innern Angelegenheiten ist dagegen nicht Wille der staatlichen Einheit, sondern Wille der Organe als staatsrechtlichen Persönlichkeiten; er richtet sich an andere Organe und an die Mitglieder des Verbandes. In den innern Angelegenheiten gibt es nur einen Organwillen, nicht einen Willen der Einheit. Es sollte einleuchten, dass der Wille, der in dem Erlasse eines Gesetzes, in einem richterlichen Urteile oder in einer administrativen Verfügung zum Ausdrucke gelangt, nicht der nämliche Wille, nicht der Wille des nämlichen Subjektes sein kann, der Verträge mit dem Auslande abschliesst, Krieg erklärt und Frieden schliesst. Dort handelt es sich um Einwirkungen von Teilen auf Teile um das Walten von Organen gegenüber Organen und Genossen; hier handelt es sich um gemeinsames Auftreten, um Wirken des Ganzen gegenüber andern Staaten, um Betätigung nach Völkerrecht. Dort Organwille als solcher; hier Organwille als Wille des Gesamten.

Es herrscht da und dort die Auffassung, dass das Subjekt und die Persönlichkeit des Verbandes in dem Willen desselben bestehe, dass also die über dem Verbande geltende Rechtsordnung nicht dem aus den Menschen zusammengesetzten Verbande selbst, sondern einem von diesen Menschen sich abhebenden gesetzmässig gebildeten Willen, der als Gesamt- oder Gemeinwille bezeichnet wird, zustehe. Der Wille kann aber nur Ausfluss eines Subjektes, nicht selbst Subjekt sein. Der Wille setzt ein äusserndes Subjekt voraus, ein Subjekt, das einen Willen bildet. Die Persönlichkeit wird vom Rechte dem wollenden Subjekte, nicht dem Willen eines Subjektes verliehen. So wie die Rechtsordnung dem Menschen als einem natürlichen Subjekte die Persönlichkeit verleiht, so gesteht sie dem aus Menschen gebildeten Verbande als solchem die Persönlichkeit zu. Vergl. auch REGELSBERGER, Pandekten I. S. 238: „Wir nehmen hiemit Stellung . . . . . gegen die ungesunde Auffassung, nach welcher nicht die Gesamterscheinung, der Mensch oder der Verein der Träger der Persönlichkeit ist, sondern der Wille.“ Dem Menschen kommt die Persönlichkeit allerdings mit Rücksicht auf sein Willensvermögen zu; das Recht richtet sich an das Willensvermögen des einzelnen, um nach bestimmter Richtung hin Einfluss auszuüben. Allein der Mensch selbst, nicht der in ihm sich regende Wille ist Person. Und so ist beim Verbande das Subjekt nicht ein Wille, den die Mitglieder bilden, sondern der Verband selbst, gebildet aus den unter sich rechtlich verbundenen, willensfähigen Menschen ist Subjekt.

III.

Die Auffassung, dass der Korporationsbegriff ein Abstraktum bedeute, ist weit verbreitet. Nach LABAND, Staatsrecht des deutschen Reiches I. S. 89 Anm. 1. ist Körperschaft „die auf logischer Abstraktion beruhende Vorstellung eines durch die Gesamtheit gebildeten Rechtssubjektes, welches von den einzelnen

Individuen begrifflich verschieden ist und ihnen als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten gegenübersteht." LABAND bemerkt ferner a. a. O. S. 79: „Wer sich z. B. die Stadt Berlin als juristische Person vorstellt, abstrahiert dadurch von der Vorstellung der einzelnen Einwohner Berlins; er kann diese Vorstellung überhaupt nicht anders gewinnen, als dass er sich die einzelnen Einwohner ‚wegdenkt', nicht als wäre sie überhaupt nicht vorhanden, aber so, dass sie etwas von der Vorstellung der Stadt Berlin Verschiedenes sind". Ich denke mir im Gegenteil unter der Stadt Berlin (als Körperschaft) alle Einwohner des Stadtgebietes, untereinander verbunden und organisiert durch Gemeindeverfassung und Gemeindesatzungen; diese Verbindung hebt sich ab nach aussen, also gegenüber andern Städten und Gemeinden, gegenüber den preussischen Staatsorganen etc. Sie wird so zum Verbande, zur Einheit, zur Individualität. Die vorgestellte Einheit, nicht die Vorstellung der Einheit ist die Stadt Berlin.

Der Grund, warum man die Korporation als ein Abstraktum, als eine Vorstellung, die von den Mitgliedern absieht, behandelt, liegt wohl zunächst in der Erwägung des Umstandes, dass die Mitglieder des Verbandes ständig wechseln; es treten Mitglieder aus und neue treten ein. Wenn also, so argumentiert man, die Korporation in der Wirklichkeit ihrer Mitglieder bestände, so wäre nichts Bleibendes, sondern etwas ständig Wechselndes vorhanden; und doch bedarf man einen festen Pol in der Flucht der Erscheinungen. Dieser Pol sei aber eben die Abstraktion, wobei die einzelnen weggedacht werden. Nun ist aber zur Erklärung der Beharrlichkeit der Korporation trotz Wechsels der Mitglieder die Vornahme einer Abstraktion nicht nötig. Bei den Einheiten liegt das Hauptmoment in der Gesetzlichkeit des Zusammenhanges der Teile, nicht in dem Mehr oder Weniger der Teile selbst. Es wird z. B. niemandem einfallen, einen Stein deshalb für einen andern, vom frühern verschie-

denen zu erklären, weil er etwas abgeschliffen wurde; ein Bildrahmen bleibt für uns der nämliche, auch wenn er neu vergoldet wird; der Apfelbaum in meinem Garten ist der nämliche im Winter, wenn er entlaubt ist, wie im Herbste, wenn er Früchte trägt; der einzelne Mensch ist für uns derselbe, auch wenn er aus dem Kinde zum Manne, aus dem Manne zum Greise wird, auch wenn er einen Arm oder ein Bein verliert. Das Beharrliche einer Einheit finden wir mit Recht nicht in dem unveränderlichen Bestande der einzelnen Teile, sondern in der Gesetzmässigkeit des Zusammenhanges. Dieser gesetzmässige Zusammenhang ist das Dauernde, Beharrliche. Er ist auch objektiv vorhanden, der äussern Erfahrung zugänglich und ist nicht eine bloss subjektive Form der Anschauung. Es liegt deshalb vom empirischen Standpunkte aus kein Grund vor, den menschlichen Verband anders zu betrachten und zu behandeln, als eine rein physische Einheit. Beharrlich beim Verbande ist die Vereinsverfassung und Vereinssatzung; der Wechsel der Mitglieder ist Nebenerscheinung. Wir dürfen also die Stadt Berlin, ohne zu einer Abstraktion Zuflucht zu nehmen als die nämliche betrachten, die sie gestern, vorgestern, vor Jahren war. Selbst eine Aenderung des Gesetzes führt keine Unterbrechung des Zusammenhanges und damit des Beharrlichen herbei. Die Aenderung des Gesetzes ist ja selbst eine vermittelte, im Zusammenhange mit dem bisherigen Gesetze stehend. Ja sogar bei unvermittelten innern Umwälzungen, Revolutionen, Usurpationen, Staatsstreichen, illegitimen Neuerungen in einem Staatsverbande, bleibt noch genug Gesetzmässigkeit des Zusammenhanges übrig, um die Kontinuität zu vermitteln. Gewaltsame Umstürze heben die Gesetzmässigkeit nie vollständig auf; es handelt sich dabei um Aenderungen der Organisation oder der Staatsform, allein das ganze grosse Gebiet des übrigen öffentlichen und des Privatrechts bleibt bestehen. Eine illegitime Umwälzung vermag niemals die gesetzmässige Verbindung in ihre Atome, in ein Agre-

gat recht- und pflichtloser Menschen aufzulösen. Vermöchte sie es, ohne dass das bisherige Gesetzmässige wieder Wurzel schlägt, dann allerdings könnte vom bisherigen Verbande, überhaupt von einem Verbande nicht mehr gesprochen werden. Wenn die Verfassung und die Satzung eines Verbandes überhaupt aufhört, dann hat sich der Verband aufgelöst, dann hört er in Wirklichkeit auf. Es sind also keinerlei Abstraktionen notwendig, um die Beharrlichkeit des menschlichen Verbandes trotz Wechsels der Mitglieder zu erklären. Es wird nichts in den Begriff der Korporation hineingelegt, dem nichts Wirkliches entspräche und nichts weggelassen, das in Wirklichkeit bei der Korporation vorhanden ist. Die verstandesmässigen Elemente, welche die Beharrlichkeit des menschlichen Verbandes feststellen, sind nicht andere als diejenigen, welche irgend einer physischen Einheit, z. B. dem animalischen Körper Beharrlichkeit zuschreiben. Es ist unsere Betrachtungsweise der Einheiten überhaupt und nicht bloss derjenigen des menschlichen Verbandes, dass wir das Beharrliche in dem gesetzmässigen Zusammenhange finden.

Beim Kollegialorgane liegt, wie beim Verbande überhaupt, das Beharrliche schon in der Gesetzmässigkeit der Verbindung der Mitglieder, so dass unabhängig von dem Wechsel derselben die Behörde als etwas Kontinuierliches erscheint. Es kommt aber hinzu, dass die vom Rechte geschaffene Persönlichkeit des Organes eine gesetzmässige Dauer aufweist, die selbst das zeitweise völlige Fehlen der Mitglieder überbrückt. Während sonst die Persönlichkeit des Menschen und des menschlichen Verbandes gesetzlich nur auf solange vorgesehen ist, als der Mensch lebt, bzw. der Verband besteht (so dass beim Aufhören des Verbandes, bzw. beim Austritte oder Aussterben sämtlicher Mitglieder auch die Persönlichkeit zerfällt), ist die Persönlichkeit der Organe ausdrücklich auf unbestimmte Dauer und unabhängig vom Wechsel der sie bildenden Menschen angeordnet. Wenn der Funktionär eines Einzelorganes durch Rücktritt oder Tod

in Wegfall kommt oder wenn Kollegialorgane zur Zeit ganz unbesetzt sind, so besteht doch in Wirklichkeit all dasjenige Gesetzmässige, das die rechtliche Seite der Persönlichkeit ausmacht unverändert fort; es ist nur nötig, dass gemäss einem rechtlichen Vorgange, neue Funktionäre, neue Mitglieder auftreten, um von der, die rechtliche Seite der Persönlichkeit ausmachenden Gesetzmässigkeit erfasst zu werden. Das Beharrliche des Organes liegt also in der auf die Dauer berechneten Gesetzmässigkeit seiner Persönlichkeit. Dieses Moment gehört durchaus der Wirklichkeit an, es ist in seiner Gegebenheit der äussern Erfahrung zugänglich, ohne Zuhilfenahme subjektiver Zutaten oder von Abstraktionen.

Einen weiteren Grund für die Annahme einer Abstraktion beim Korporationsbegriffe führt LABAND (a. a. O. S. 89) an, wenn er ausführt, dass das von den einzelnen Mitgliedern begrifflich verschiedene Rechtssubjekt der Korporation denselben als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten gegenüberstehe. Es ist klar, dass das nur möglich ist, wenn die Korporation etwas von den Mitgliedern Verschiedenes bedeutet. Wenn man unter der Korporation den wirklichen Verband sämtlicher Mitglieder versteht, so kann die Korporation als Ganzes nicht seinen einzelnen Teilen gegenüberstehen. Es ist folgendes zu bemerken: Die Vereinssatzung stellt für die Mitglieder Rechte und Pflichten auf; diese besondern Rechte und Pflichten begründen eine besondere vereinsrechtliche Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit der Mitglieder. Die Persönlichkeit des Verbandes selbst wird diesem aber nicht von der Vereinssatzung, sondern von Rechtssätzen höherer Ordnung erteilt. Der Verband hat nicht zwei Persönlichkeiten, eine nach innerem Vereinsrecht und eine nach dem Rechte höherer Ordnung, sondern er hat Persönlichkeit nur nach letzterem, wie er überhaupt nur nach letzterem Rechtsbegriff ist. Die Vereinssatzung kann sich nicht über den Verband als dem Ganzen erheben und demselben Persönlichkeit verleihen. Die

Mitglieder des Verbandes in ihrer Eigenschaft als Persönlichkeiten nach Vereinssatzung haben nur Rechte und Pflichten gegeneinander und nicht gegenüber dem Verbande als einer Persönlichkeit höherer Ordnung. Anderseits hat der Verband als Ganzes, als Persönlichkeit gemäss höherer Rechtsordnung keine Rechte und Pflichten gegenüber den Mitgliedern als vereinsrechtlichen Persönlichkeiten. Die Pflicht z. B., an den Vereinssitzungen teilzunehmen, Vorträge zu halten u. s. w. ist vereinsrechtliche Pflicht gegenüber den übrigen Mitgliedern, nicht Pflicht gegenüber dem Verbande als Persönlichkeit; der Anspruch, dass Beschlüsse der Generalversammlung ausgeführt werden, dass die Organe ihre Pflichten erfüllen, ist vereinsrechtlicher Anspruch gegenüber den Organen und nicht Anspruch gegenüber dem Verbande als solchem. Logischerweise können Rechtsverhältnisse nur bestehen zwischen Subjekten, die nach der nämlichen Rechtsordnung Persönlichkeiten sind, nicht aber zwischen Subjekten, die es nach verschiedenen Rechtsordnungen sind. Nun sind aber die Mitglieder eines gewöhnlichen Verbandes, um zunächst von diesem zu sprechen, nicht bloss Persönlichkeiten nach der Vereinssatzung, sondern auch nach staatlichem Rechte, also nach der nämlichen Rechtsordnung, nach welcher auch der Verband Persönlichkeit ist. Auf dem Boden der staatlichen Rechtsordnung sind also Rechtsverhältnisse zwischen einem Mitgliede des Verbandes und dem Verbande selbst möglich; ein Mitglied kann mit dem Verbande zivilrechtliche Geschäfte abschliessen; es tritt hier das Mitglied in ein Rechtsverhältnis zum Verbande nicht in seiner Eigenschaft als Persönlichkeit nach Vereinssatzung, sondern als Staatsbürger, als Persönlichkeit nach staatlicher Rechtsordnung. Auch da, wo die staatliche Rechtsordnung Rechte und Pflichten der Mitglieder eines Verbandes direkt ausspricht (vergl. z. B. D. BGB. §§ 26 ff.) kann die Geltendmachung gegen den Verband selbst geschehen. — Der staatliche Verband ist Rechtsbegriff und Persönlichkeit nach einem über ihm schweben-

den Rechte, nach Völkerrecht. Er hat nicht auch zugleich Persönlichkeit nach dem in seinem Innern waltenden Rechte; er ist nicht staatsrechtliche Persönlichkeit, weil seine Individualität nur gegenüber Seinesgleichen zum Ausdrucke gelangt. Die Mitglieder des Staates sind Persönlichkeiten nach staatlichem Rechte, stehen also nicht auf der nämlichen Stufe, wie der Staat als Rechtssubjekt. Die Mitglieder des Staates sind für den Staat nicht Seinesgleichen, Persönlichkeiten nach der nämlichen Rechtsordnung. Man hat zwar auch schon den einzelnen Menschen in beschränktem Masse als völkerrechtliche Persönlichkeit erklären wollen, insoweit nämlich, als ihm bestimmte Ur- oder Menschenrechte zuständen. Wäre dem so, dass der Mensch Rechte aus dem Völkerrechte selbst besässe und in dieser Beziehung auch völkerrechtliche Persönlichkeit wäre, so stände er mit dem Staate im nämlichen Rechtsrange; der Staat wäre dann dem einzelnen Bürger als Persönlichkeit der nämlichen Ordnung verpflichtet. Auf dem Boden der innern staatlichen Rechtsordnung können aber keine Rechtsverhältnisse zwischen der Individualität des Staates und der Individualität der Bürger bestehen; hier sind nur Rechtsverhältnisse der einzelnen Staatsbürger untereinander und zu den Organen als staatsrechtlichen Persönlichkeiten möglich.

Die Annahme, dass der Staat eine Abstraktion sei, wird im Fernern auch deshalb festgehalten, weil dadurch ermöglicht wird, nicht nur von den Mitgliedern des Staates zu abstrahieren und so den Staat seinen Mitgliedern gegenüberzustellen, sondern auch von der, dem Staate innewohnenden Gesetzmässigkeit, der Rechtsordnung abzusehen und so Staat und Recht einander entgegenzusetzen. Der Staat als Abstraktion wird dann zum Schöpfer und Ergänzer des staatlichen Rechts, oder auch, je nachdem man das Bedürfnis danach fühlt, zum Unterworfenen unter das staatliche Recht. Es ist aber gewiss unannehmbar, als Gesetzgeber eine blosse Abstraktion hinzustellen; es liegt

doch gewiss näher und entspricht der Wirklichkeit, als Gesetzgeber dasjenige Organ zu bezeichnen, welches die Gesetze erlässt. Die gesetzgebenden Organe handeln dabei allerdings als Organe des Staates, aber sie handeln lediglich in der Eigenschaft als innere Organe, in ihrer Gegenüberstellung zu den übrigen Organen und zu den Genossen; ihr Wille ist bloss Organwille, Wille in internen Angelegenheiten, Wille von Teilen gegenüber Teilen des Ganzen, nicht Wille des Ganzen. Der Wille des Ganzen ist nur als Wille gegenüber andern völkerrechtlichen Persönlichkeiten denkbar.

Es ist nun zuzugeben, dass sich der Ausdruck Staat auch eingebürgert hat zur Bezeichnung des Wirksamen im Staatsverbande; es wird von einem Staate gesprochen, der in die Verhältnisse der einzelnen eingreift, helfend, beschützend, ordnend, verpflichtend, zwingend, strafend etc. Gemeint wird damit aber nicht das Ganze des Staates, die nach aussen sich kehrende Einheit und Individualität, sondern das wirksame Moment im Staate, die Macht, die von den staatlichen Organen ausströmt. Dabei wird unentschieden gelassen, bei welchem konkreten Organe dieses wirksame Moment zur Geltung kommt (vergl. meine Ausführungen im Archive für öffentl. Recht Bd. XX. S. 389 ff.). Eine solche Abstraktion ist gewiss zulässig, sie bedeutet eine Erleichterung des Gedankenausdruckes da, wo es sich bloss darum handelt, die bei den Staatsorganen liegende Macht oder Kompetenz allgemein zu betonen. Staat hat dann den gleichen Sinn, wie Staatsgewalt oder Obrigkeit. Das Subjektive, das diesen Ausdrücken beigelegt wird, wenn man sagt: der Staat, die Staatsgewalt, die Obrigkeit ordnet an, befiehlt etc., beruht aber nicht auf der Annahme einer eigenen Subjektivität dieser Abstraktionen, sondern ergibt sich mit Rücksicht auf die von den Abstraktionen umfassten wirklichen Subjekte, die Staatsorgane. Es verhält sich damit gleich wie mit andern Abstraktionen, die in subjektiver Bedeutung verwendet werden, so wenn

man z. B. sagt, die Schule erzieht, die Kirche lehrt, die Presse klärt auf. Schule, Kirche, Presse sind nicht selbst Subjekte; Subjekte sind nur die durch solche Abstraktionen gedeckten Personen, die Lehrer, Priester, Journalisten. Wenn aber der Staat in der Bedeutung als massgebendes staatliches Organ in abstracto kein eigenes Subjekt ist, so kann er natürlich auch nicht Rechtssubjekt oder Persönlichkeit sein; Persönlichkeit ist nur das hinter dieser Abstraktion stehende konkrete staatliche Organ.

Der Ausdruck Staat wird also gebraucht in erster Linie zur Bezeichnung des wirklichen Ganzen, das aus dem Verbande der durch Verfassung und Gesetz verbundenen Genossen besteht und gegenüber andern Staaten als Einheit und völkerrechtliche Persönlichkeit auftritt; Staat im völkerrechtlichen Sinne. Sodann wird der Ausdruck Staat im staatsrechtlichen Sinne verwendet, um entweder die massgebenden Organe zu bezeichnen oder überhaupt die innere staatliche Einrichtung hervorzuheben. Endlich ist es auch die staatsrechtliche Institution des Fiskus, die häufig als Staat bezeichnet wird.

IV.

Man wird der Frage nicht ausweichen können, ob das Gebiet Bestandteil oder Objekt des Staates als des wirklichen Verbandsganzen sei. Ist das Gebiet Bestandteil des Ganzen, so müsste angenommen werden, dass das staatliche Recht nicht bloss zwischen den Menschen einen Zusammenhang bewirke, sondern auch das Gebiet mit den Menschen in Verbindung bringe, so dass das zusammenhängende Ganze des Staates aus den unter sich verbundenen Menschen und dem mit letztern verbundenen Gebiete bestände. Zum Verbande gehörte dann das Gebiet als Bestandteil; das Ganze des Staates enthielte auch das Gebiet. Die nach aussen sich kehrende Einheit umschlösse in ihrem Innern nicht bloss die rechtlich verbundenen Menschen, sondern auch das mit diesen rechtlich verbundene Gebiet. Das

letztere wäre nicht etwas ausserhalb der Einheit des Verbandes Stehendes, ein Objekt, auf das die Einheit einwirkte, sondern es wäre etwas in der Einheit selbst Liegendes. Eine Verletzung des Gebietes bedeutete sonach nicht Verletzung eines Objektes des Staates, sondern des Staates selbst als Persönlichkeit. Die Auffassung, dass das Gebiet ein Moment im Wesen des Staates bilde, wird namentlich von FRICKER, Gebiet und Gebietshoheit, vertreten. Es ist nicht zu verkennen, dass hierfür manches zu sprechen scheint. Zunächst die Erscheinung, dass der Staat heute ausnahmslos ein festbegrenztes Gebiet aufweist. Ohne Gebiet ist heute der Staat gar nicht möglich. Zwischen den Menschen und dem Gebiete sind auch rechtliche Beziehungen, die eine Verbindung zu bewirken vermöchten, nachweisbar. Das Recht begründet die Eigentumsbeziehungen der Bürger zum Gebiete, den Wirkungskreis der Behörden etc. Ist aber das Gebiet im Staatsganzen enthalten, so kann es völkerrechtlich nicht als besonderer Begriff in Frage kommen, keine besondere völkerrechtliche Bedeutung haben. Der Staat kann dann nicht Gebiet erwerben und verlieren, sondern nur sich vergrössern und verkleinern. Nur ein Völkerpersonenrecht, nicht ein Völkersachenrecht ist möglich, das Gebiet kann nicht völkerrechtliches Eigentum des Staates sein. Staatsrechtlich kann das Gebiet überhaupt nicht als Objekt des Staatsganzen betrachtet werden, weil letzteres als äussere Einheit keine Rechte nach seiner im Innern waltenden Rechtsordnung haben kann. Wenn FRICKER die Inkonsequenz hervorhebt, dass mehrere Schriftsteller das Gebiet einerseits als Moment des Staates selbst bezeichnen aber anderseits wieder als Objekt hinstellen, so ist er gewiss im Rechte; denn das Ganze kann nicht Subjekt gegenüber einem Teile sein. FRICKER bemerkt (a. a. O. S. 65): „Es ist höchst eigentümlich, dass nach den zur Zeit bestehenden Ansichten das Gebiet als Raum (bezw. Bestandteil) des Staats aufgefasst, aber daneben auch seine Auffassung als Rechtsobjekt festgehalten wird. Wie

soll das zusammengedacht werden und wozu? Ich finde nirgends eine klare Auskunft hierüber.“ Die Auskunft liegt darin, dass die Auffassung des Staates als eines blossen Abstraktums das sonst Unmögliche möglich macht. Die Abstraktheit des Staates soll gerade dazu dienen, je nach Bedürfnis von den ihn ausmachenden Momenten abzusehen, zu abstrahieren. Wie man sich die Menschen, aus denen der Staat bestehet, wegdenkt, um ihn als Subjekt jedem einzelnen Genossen gegenüberstellen zu können und wie man von der Rechtsordnung, obgleich sie die Verbindung der Bürger zum Staate bedingt, abstrahiert, um Staat und Recht als zwei sich gegenüberstehende Wesenheiten behandeln zu können, so kann man auch von dem Gebiete, das man als Bestandteil des Staates erklärt, abstrahieren und den abstrakten Staat wieder seinem Gebiete gegenüberstellen.

Gegen die Annahme, dass das Gebiet im Staate inbegriffen sei, machen sich gewichtige Bedenken geltend. Zunächst ist auf die Wesensgleichheit aller menschlichen Verbände hinzuweisen; Staat und Gemeinde würden eine Ausnahme von der allgemeinen Erscheinung machen, dass der Verband nur Menschen, nicht Gebiet in sich schliesst. Der Verband ist ferner in seiner nach aussen sich kehrenden Einheit ein willensfähiges Subjekt. Die Willensfähigkeit wird nur dadurch erklärlich, dass der Verband aus willensfähigen Menschen besteht; fügt man das Gebiet in die Einheit hinein, so ergibt sich ein für die Willensbildung ungeeigneter, toter Bestandteil. Im Innern des Verbandes herrscht ein gesetzmässiges Walten, hervorgebracht durch das gegenseitige rechtliche Wirken der willensfähigen Genossen; man bezeichnet ja den Verband geradezu als einen lebensvollen Organismus. Eine leblose Materie bedeutete aber einen Fremdkörper in diesem Lebenden. Das Gebiet ist ja für den Staat durchaus notwendig, unentbehrlich, aber doch nur deshalb, weil die Menschen, aus denen der Staat besteht, etwas Festes unter den Füssen haben müssen. Wäre die Erde zum grössten Teile unbewohnt und für

wenige Staaten ungehinderte Ausdehnungsfähigkeit vorhanden, so würde man kaum zu der Vorstellung gelangen, das Gebiet, worauf der Verband sich bewegt, sei Bestandteil des Verbandes selbst. Die Erscheinung, dass heute alles, oder doch alles in Betracht kommende Erdgebiet von den Staaten in Beschlag genommen ist und dass diese eifersüchtig auf Wahrung des Besitzstandes achten, lässt die Idee, dass das Gebiet dem Staate inhäriere, allerdings eher aufkommen. Es muss zugestanden werden, dass der Staat notwendigerweise Gebiet haben muss. Die Notwendigkeit ist aber eine natürliche, nicht eine begriffliche; das Gebiet ist eine sachliche Unentbehrlichkeit. Die Lehre FRICKERs lässt auch den möglichen Fall unerklärt, dass ein Staatswesen sein Gebiet von einem andern Staate für eine bestimmte Zeitdauer pachtet, also kein eigenes Gebiet besitzt. Für die völkerrechtliche Anschauung ist die Annahme, dass das Gebiet Objekt des Staates die natürlichste und naheliegendste. Gebietsveränderungen werden nicht als teilweise Aufgabe der bisherigen völkerrechtlichen Persönlichkeit betrachtet, Vindikationsansprüche sind nicht Ansprüche auf Erweiterung oder Einschränkung der Staatspersönlichkeit. Kolonien und Schutzgebiete stellen sich als Objekte des Heimatstaates dar, Staatsservituten sind nicht bloss obligatorische Verhältnisse zwischen Staatspersönlichkeiten sondern Tatbestände dinglicher Natur etc.

Wenn das Gebiet Objekt des Staates ist, so bestimmt sich die Beziehung der völkerrechtlichen Persönlichkeit des Staates zum Gebiete nach Völkerrecht; denn nur das Völkerrecht kann, als über den Staaten stehend das Verhältnis der Staaten zum Gebiete ordnen. Danach liegt das Gebiet im völkerrechtlichen Eigentume oder Besitze des Staates. Gehen wir vom völkerrechtlichen Eigentume, bzw. der eigentumsgleichen Innehabung als dem Normalfalle aus. Das Eigentum hat nach allgemein geteilter Ansicht eine positive und eine negative Seite. Die positive Seite wird bezeichnet als das Recht des Subjektes, über

zustehenden Herrschaftsrechte durch die Glieder, muss aber eine geordnete sein. Das Schalten und Walten der Glieder des Verbandes auf dem Gebiete unterliegt der Regelung durch die staatliche Rechtsordnung. Diese letztere bringt die Ordnung auf dem Gebiete, sie hat im Gebiete ihren räumlichen Bereich. Die Verhältnisse der Mitglieder zueinander in Bezug auf das Gebiet werden geordnet. Das staatliche Recht ordnet das Privateigentum, die dinglichen Nutzungsverhältnisse, die Gebäude- und Strassenpolizei, das Niederlassungswesen, die örtliche Zuständigkeit der Behörden etc. Der Staat übt also die positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums dadurch aus, dass seine Glieder nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben. Zu dieser Auffassung führt auch die umgekehrte Betrachtungsweise. Indem Menschen auf einem Gebiete nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben, darüber und darauf schalten und walten, erscheint völkerrechtlich auch der durch diese Menschen gebildete Verband selbst die totale Herrschaft über das Gebiet auszuüben. Und wenn das Völkerrecht anerkennen muss, dass diese Menschen, bzw. ihre Vorfahren den Besitz unvordenklich ausgeübt haben, wird er dem durch diese Menschen gebildeten Verbande die Befugnisse des Eigentums zuerkennen. Vom Standpunkte des Völkerrechts aus liegen die Verhältnisse so: Berechtigt am Gebiet ist nur der Staat als Ganzes, nur der Staat hat völkerrechtliche Persönlichkeit; die Mitglieder des Staates haben keine völkerrechtliche Berechtigung, sie sind nicht völkerrechtliche Persönlichkeiten, sie üben die Berechtigung des Ganzen tatsächlich aus. Diese nach Völkerrecht bloss tatsächliche Ausübung wird durch die innere Rechtsordnung des Staates zu einer geregelten und rechtlichen.

CURTIUS (Archiv für öffentl. Recht Bd. IX S. 1 ff.) anerkennt mit LABAND die negative Seite des Rechts des Staates am Gebiete, also den völkerrechtlichen Anspruch auf Ausschlies-



beschränkte Befugnis des Staates, das Gebiet für die staatlichen Bedürfnisse zu verwenden, darüber zu schalten und zu walten, als eine staats- und nicht als eine völkerrechtliche Befugnis betrachtet, indem er (Staatsrecht des Deutschen Reiches I. S. 174 Anm. 4) die positive Seite des Rechts als staatsrechtlich bezeichnet. Er sagt: „gerade die ausschliessliche rechtliche Herrschaft des Staates über sein Gebiet ist der Grund für diese (d. h. negative) völkerrechtliche Behandlung der Staatsgebiete.“ Die positive Seite aber wie die negative sind Seiten des nämlichen Rechts. Dieses subjektive Recht kann nicht auf der einen Seite staatsrechtlicher auf der andern Seite völkerrechtlicher Natur sein. LABAND gibt zu, dass die negative Seite des Eigentums am Gebiete völkerrechtlicher Natur sei; dann muss es aber auch die positive Seite sein. Er bemerkt ja selbst: „beide Wirkungen bedingen sich gegenseitig; eine ist ohne die andere nicht denkbar.“

Die wichtige Frage ist die, ob eine positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums nachweisbar sei. Ich möchte die Frage bejahen. Die positive Seite liegt darin, dass der Staat das Gebiet für sein vegetatives Leben benützt, auf dem Gebiete schaltet und waltet. Die Benutzung von Grund und Boden, das Schalten und Walten auf demselben kann sich aber bei einem Verbande tatsächlich nur so vollziehen, dass die Glieder des Verbandes, die Genossen, den Boden benutzen, darauf schalten und walten, ihre Tätigkeit entfalten. Der Verband wird in Wirklichkeit tätig und waltend dadurch, dass seine Mitglieder tätig und wirksam werden. Der Verband hat keine von seinen Mitgliedern losgelöste Existenz, er ist nicht ein Abstraktum, das abgesehen von den Mitgliedern des Verbandes eine Einwirkung auf das Gebiet vorzunehmen vermöchte. Den Besitz des Gebietes vermag die Einheit nur dadurch auszuüben, dass die Glieder es tun.

Die Ausübung der dem Staate am Gebiete völkerrechtlich

zustehenden Herrschaftsrechte durch die Glieder, muss aber eine geordnete sein. Das Schalten und Walten der Glieder des Verbandes auf dem Gebiete unterliegt der Regelung durch die staatliche Rechtsordnung. Diese letztere bringt die Ordnung auf dem Gebiete, sie hat im Gebiete ihren räumlichen Bereich. Die Verhältnisse der Mitglieder zueinander in Bezug auf das Gebiet werden geordnet. Das staatliche Recht ordnet das Privateigentum, die dinglichen Nutzungsverhältnisse, die Gebäude- und Strassenpolizei, das Niederlassungswesen, die örtliche Zuständigkeit der Behörden etc. Der Staat übt also die positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums dadurch aus, dass seine Glieder nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben. Zu dieser Auffassung führt auch die umgekehrte Betrachtungsweise. Indem Menschen auf einem Gebiete nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben, darüber und darauf schalten und walten, erscheint völkerrechtlich auch der durch diese Menschen gebildete Verband selbst die totale Herrschaft über das Gebiet auszuüben. Und wenn das Völkerrecht anerkennen muss, dass diese Menschen, bzw. ihre Vorfahren den Besitz unvordenklich ausgeübt haben, wird er dem durch diese Menschen gebildeten Verbande die Befugnisse des Eigentums zuerkennen. Vom Standpunkte des Völkerrechts aus liegen die Verhältnisse so: Berechtigt am Gebiet ist nur der Staat als Ganzes, nur der Staat hat völkerrechtliche Persönlichkeit; die Mitglieder des Staates haben keine völkerrechtliche Berechtigung, sie sind nicht völkerrechtliche Persönlichkeiten, sie üben die Berechtigung des Ganzen tatsächlich aus. Diese nach Völkerrecht bloss tatsächliche Ausübung wird durch die innere Rechtsordnung des Staates zu einer geregelten und rechtlichen.

Curtius (Archiv für öffentl. Recht Bd. IX S. 1 ff.) anerkennt mit Laband die negative Seite des Rechts des Staates am Gebiete, also den völkerrechtlichen Anspruch auf Ausschlies-

sung anderer Staaten vom Gebiete. Er verwirft in dieser Beziehung die Theorie von der Bestandteilsnatur des Gebietes. Er sagt (S. 5 ff.): „die Notwendigkeit eines Gebietes für den Staat wird niemand bezweifeln, da der Staat, so wenig wie der Mensch in der Luft leben kann. Es ist nur zu bestreiten, dass diese Notwendigkeit eine rechtliche sei . . . . Jedenfalls wird im völkerrechtlichen Verkehre von den Staaten über ihr Gebiet verfügt, wie der Eigentümer über sein Grundstück verfügt und die angeblich wissenschaftlich unmögliche Anschauung von dem Staate als Subjekt, dem Gebiet als Objekt des Staates ist ohne Frage diejenige, welche die Praxis des internationalen Verkehrs beherrscht.“ Dagegen fehlt nach CURTIUS die positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums, die totale Herrschaft des Subjektes über das Objekt. Er findet keine Befugnisse am Gebiete, „welche in dem Herrscherrecht über die Untertanen keine Erklärung finden“. Wenn CURTIUS dies nachzuweisen unternimmt, so geht er von dem Begriffe des Staates als eines Abstraktums aus. Der Staat, der „Herrschaftsrechte über die Untertanen“ ausübt und so den Gliedern des Verbandes entgegengestellt wird, ist etwas Unwirkliches. Mit diesem Unwirklichen lässt sich aber nicht operieren. Neben dem abstrakten Begriffe des Staates kennt aber CURTIUS a. a. O. S. 9 noch den Begriff des Staates in seiner Wirklichkeit als „das Volk, welches durch die staatliche Organisation (völkerrechtliche) Person wird“. Diese Wirklichkeit nun übt zwar nach CURTIUS ebenfalls keine Herrschaft über das Gebiet aus, hingegen wird das Gebiet doch das Domizil dieser wirklichen Persönlichkeit des Staates. Man wird gegen die Bezeichnung des Gebietes als des Domizils des Volkes nichts einzuwenden haben, nur wird man diese Domizilnahme als Ausfluss des völkerrechtlichen Anspruchs des Staates auf Beherrschung des Gebietes, als Ausfluss der positiven Seite des völkerrechtlichen Eigentums zu betrachten haben. Warum darf das Volk auf dem bestimmten Gebiete Platz nehmen, auf dem Ge-

biete und über das Gebiet schalten und walten? Deshalb wohl, weil dieses Volk als völkerrechtliche Persönlichkeit positive Eigentumsbefugnisse am Gebiete hat und weil sich diese Befugnisse tatsächlich so vollziehen, dass die Glieder dieser wirklichen Persönlichkeit, die Volksgenossen sich sesshaft machen, sich bewegen, untereinander verkehren, den Boden bebauen und benutzen. Die Ausübung des dem Ganzen zustehenden Rechts durch die Teile des Ganzen ist dann Gegenstand der Ordnung durch die im Verbande geltenden Gesetze. Das völkerrechtliche Recht des Staates am Staatsgebiete erhält seine Ausführung nicht bloss durch die staatlichen Rechtssätze über Staatsangehörigkeit, sondern durch das staatliche Recht überhaupt, namentlich auch durch das Zivilrecht.

Es wird von Radnitzky, Archiv für öffentl. Recht Bd. XX S. 337 der Einwand erhoben, dass ein doppeltes Eigentum, das völkerrechtliche Eigentum des Staates selbst und das Privateigentum der Bürger am Grund und Boden also „eine doppelte ausschliessliche und totale Herrschaft“ nicht möglich sei. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es zwei verschiedene Rechtsordnungen sind, welche die Beziehungen zum Gebiete ordnen, einerseits das Völkerrecht und anderseits die staatliche Rechtsordnung. Das völkerrechtliche Eigentum des Staates schliesst nicht aus, dass das staatliche Recht in näherer Ausführung der völkerrechtlichen Berechtigung des Ganzen, die Ausübung durch die Teile des Ganzen ordnet und hierbei das gewährt, was wir Privateigentum nennen. Die „ausschliessliche und totale Herrschaft“ des Privateigentums ist bloss eine relative; sie hat sich innerhalb der gesetzlichen Schranken zu bewegen. Die Ordnung wäre auch so denkbar, dass Kollektiveigentum, periodische Neuverteilung des Bodens etc. eingeführt würde. Das Privateigentum kann bestehen, auch wenn sich das völkerrechtliche Eigentum des Staates ändert und Aenderungen des Privateigentums berühren anderseits das völkerrechtliche Eigentum in keiner Weise.

---

hat nichts
nden zu er-
)as Buch ist
S., 5. Aufl.
. Der Her-
tragen, was
auch theo-
lich, wenn
e hat der
faches und

n bin, als
nd andere

des Ver-
mlungen)
als Ver-
Volksver-
t man im
: „allge-
waltungs-
Volksver-
er zitiert
rdnungen
igstens so
der Lehre

r Agnaten
Hier geht
im Verlaufe
Es ist gewiss,
Ueberzeugung
ndigkeit einer
mich mit dem
igung teile. Ich
ein unverblümtes
h etwas stark ab
e vorträgt. Und
— denn mehr ist
Der Herausgeber
n, aber ich finde,
so schön gewahrt
der, hoffentlich

Einvernehmen mit dem britischen Residenten verwaltet werden solle; dass zum Schutze des Fürsten und des Landesfriedens eine britische Truppe in Lahore zu verbleiben habe; und dass das Fürstentum der britischen Regierung 2 200 000 Rupien für den Unterhalt dieser Garnison zahlen solle. Diese Vereinbarung wurde für die Zeit der Minderjährigkeit des Fürsten abgeschlossen und sollte am 4. September 1854 ausser Kraft treten. Im August 1847 machte die Ostindische Gesellschaft bekannt, sie fühle ein väterliches Interesse an der Erziehung und Bevormundung des Fürsten und nehme und stelle denselben gänzlich unter ihre Vormundschaft. Am 29. März 1849 vereinbarte die Ostindische Gesellschaft mit dem Regentschaftsrat, dass der Fürst für sich und seine Erben auf alle Souveränitätsrechte verzichte; dass abschläglich der von seiten des Fürstentums der britischen Regierung geschuldeten Summen und der Kriegskosten das gesamte Staatsvermögen zu Gunsten der Ostindischen Gesellschaft konfisziert werde; dass der Edelstein „Koh-i-noor“, welchen weiland Runjeet Singh eroberte, der Königin von England auszuliefern sei; und dass die Ostindische Gesellschaft dem Fürsten für den Unterhalt seiner eigenen Person, seiner Verwandten und Staatsdiener eine jährliche Pension von 4 – 500 000 Rupien zahlen solle. 1858 gingen zufolge Gesetzes die von der Ostindischen Gesellschaft verwalteten Territorien auf die Königin von England über; alle von der Ostindischen Gesellschaft geschlossenen Staatsverträge sollten die englische Krone binden, und alle von der Ostindischen Gesellschaft eingegangenen Verträge und Verbindlichkeiten sollten von bzw. gegen den Staatssekretär für Indien erzwingbar sein. Duleep Singh verstarb am 22. Oktober 1893 mit Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung, welche seinen Sohn — den Konkursschuldner — zum Universalerben einsetzte. Auf letzteren sollten insbesondere die sämtlichen politischen und sonstigen Rechte, einschliesslich Staatsrechte übergehen, aus Verträgen mit Grossbritannien oder aus anderen Titeln, unter Einschluss aller Rechte an Immobilien und Mobilien in Indien nach indischem Recht.

Aus diesen Tatsachen schloss der Kläger, die Ostindische

Gesellschaft und später der Beklagte seien zufolge ausdrücklicher Bestimmung Treuhänder von 4—500 000 Rupien per annum zu Gunsten des Duleep Singh gewesen. Kläger verlangte deshalb Zahlung der aus der Lebenszeit des Duleep Singh rückständigen Beträge.

Kläger schloss weiter, der Anspruch auf die 4—500 000 Rupien sei nicht mit dem Tode des Duleep Singh erloschen, sondern auf den Konkursschuldner übergegangen. Kläger verlangte daher Zahlung der seit dem Tode des Duleep Singh rückständigen Beträge.

Kläger folgerte drittens, die Ostindische Gesellschaft und später der Beklagte hätten als Vormund des Duleep Singh Privatvermögen desselben besessen. Kläger forderte Rechnungslegung über dasselbe.

Kläger behauptete schliesslich, bei der Inbesitznahme des Fürstentums hätten Soldaten der Ostindischen Gesellschaft Juwelen, Gold- und Silbersachen des Duleep Singh sich angeeignet. Kläger verlangte auch über diese Vermögensstücke Rechnungslegung.

Der Beklagte beantragte, die Klage als frivol, als vexatorisch und als einen Missbrauch des gerichtlichen Verfahrens abzuweisen.

Der Gerichtsbeamte, welcher zunächst zu entscheiden hatte, wies diesen Antrag ab; der Richter selbst erkannte auf Klageabweisung, und das Berufungsgericht hat die Klageabweisung mit nachstehender Begründung bestätigt: —

„Die Klage richtet sich gegen den Staatssekretär für Indien als Nachfolger in die Verpflichtungen der Ostindischen Gesellschaft. Beklagter lässt vortragen, dass die Klage eine vexatorische sei und keinen Klagegrund aufdecke, insbesondere deshalb, weil angesichts der in der Klagebegründung angeführten Tatsachen alle Handlungen der Ostindischen Gesellschaft, mögen sie Duleep Singh, dessen Fürstentum, oder Vermögen, öffentliches, wie privates, betreffen, Staatsakte seien und weder eine Vertragsverpflichtung, noch eine fiduziarische Auflage zu Gunsten des Konkursschuldners entstehen liessen. Vor Erörterung der

einzelnen Klageansprüche empfiehlt es sich, einige Stellen aus der Entscheidung i. S. Secretary of State in Council of India v. Kamachee Boye Sahaba (7 Moore's Ind. App. Cases 476) zu zitieren.

Diese Entscheidung nimmt Bezug auf die Behauptung des Staatssekretärs, dass als Fiduciar der Krone die Ostindische Gesellschaft unter gewissen Beschränkungen befugt war, bei Transaktionen mit anderen souveränen Staaten in Indien wie ein souveräner Staat tätig zu werden, und dass in Ausübung dieser souveränen Gewalt und aus Staatsmotiven die Ostindische Gesellschaft es für angezeigt erachtete, von dem Fürstentum Tanjore Besitz zu ergreifen, und fährt sodann fort: —

„Das allgemeine Rechtsprinzip wird nicht bestritten. Ein Bestreiten desselben würde sich auch nicht einmal scheinbar begründen lassen. Die Transaktionen unabhängiger Staaten unter einander bestimmen sich nicht nach den Rechtssätzen, welche Staatsgerichte anwenden. Für derartige Transaktionen besitzen Staatsgerichte weder Mittel, um zu entscheiden, was Rechtens ist, noch die Macht, Entscheidungen zu erzwingen. Das gedachte Prinzip, wird nun behauptet, komme aus folgenden Gründen auf unseren Fall nicht zur Anwendung: 1. Die Ostindische Gesellschaft befinde sich nicht in der Rechtslage eines unabhängigen Souveräns; die zu ihren Gunsten ausgeübten souveränen Befugnisse ständen nicht ihr selbst, sondern dem Generalgouverneur und seinem Beirat zu, welche für in der gedachten Eigenschaft vorgenommene Handlungen durch Gesetz geschützt seien. 2. Es sei hier nicht in Ausübung einer souveränen Gewalt gegenüber einer anderen unabhängigen Gewalt Besitz ergriffen worden; es liege eine blosse Rechtsnachfolge auf Grund eines angeblichen Rechtstitels in angeblich der Ostindischen Gesellschaft verfallene Vermögensstücke vor. 3. Es sei zwischen öffentlichen und privaten Vermögensstücken des Fürsten zu scheiden; was die Ostindische Gesellschaft auch bezüglich der öffentlichen Vermögensstücke beabsichtigt habe, sie habe jedenfalls mit Bezug auf die privaten Vermögensstücke keine souveränen Befugnisse ausüben wollen; sie besitze daher Vermögensstücke

zufolge einer unbefugten Handlung ihrer Beamten und könne einen Schutz für diese Handlung nicht aus den Gründen in Anspruch nehmen, welche die öffentlichen Vermögensstücke der Jurisdiktion der Staatsgerichte entziehen würden."

Nach Erledigung der übrigen Punkte zu Gunsten des Staatssekretärs heisst es in der Entscheidung weiter: —

„Es frägt sich ferner, worin der eigentliche Charakter der hier fraglichen Handlung besteht. War es eine in Ausübung arbiträrer Gewalt für die britische Krone vorgenommene Besitzergreifung von Territorien und Vermögensstücken eines Nachbarstaates, eine Handlung, welche sich zu ihrer Rechtfertigung nicht auf das bürgerliche Recht stützt? Oder war es eine von der Krone auf Grund eines angeblichen Rechtstitels vorgenommene Besitzergreifung von Vermögensstücken des verstorbenen Fürsten, eine fiduziarische Besitzergreifung zu gunsten der Erben des letzten Besitzers? Letzterenfalls würde der Einwand hinfällig sein."

Die Entscheidung bemerkt sodann, dass sich aus den vorgelegten Urkunden ein Rechtstitel der Ostindischen Gesellschaft und der britischen Krone an dem Fürstentum und den Vermögensstücken des Fürsten bei seinem Tode nicht ergebe, und fährt fort: —

„In der Klagebeantwortung heisst es, bei dem Tode des Fürsten hätten der Beklagte und die britische Regierung in der Form eines Staatsaktes beschlossen, dass das Fürstentum und die Fürstenwürde erloschen seien, und dass das Gebiet dem Beklagten als Fiduciar der britischen Krone verfalle; Beklagter habe ferner in der Form eines Staats- und Regierungsaktes angeordnet, dass derselbe als Fiduciar der britischen Krone Gebiet und Souveränität mitsamt den dazu gehörigen Vermögensstücken übernehme, als Bestandteil von Britisch-Indien zu Gunsten der britischen Krone; alle Vermögensstücke seien kraft souveräner Rechte für die britische Krone in Besitz genommen; ein Staatsgericht sei nicht befugt, diese Besitzergreifung auf ihre Berechtigung zu prüfen."

Weiter unten besagt die Entscheidung: —

das Objekt nach Belieben zu schalten und walten, die Sache dem Willen total zu unterwerfen, oder, wie man sich auch ausdrückt, die ausschliessliche Herrschaft über die Sache auszuüben: als hervorragendste Eigentumsbefugnisse werden genannt: die Sache für die eigenen Bedürfnisse zu gebrauchen und zu benutzen, über die Sache zu verfügen, sie zu veräussern. Die negative Seite des Eigentums besteht darin, dass die übrigen in Betracht fallenden Rechtssubjekte, also hier die übrigen Staaten, von der Herrschaft ausgeschlossen werden, verpflichtet sind, das Eigentum zu respektieren.

Das Eigentumsrecht des Staates an seinem Gebiete ist ein Recht gemäss Völkerrecht, nicht nach eigenem Staatsrecht. Abgesehen davon, dass das Staatsrecht etwas Internes ist und den Staat als Gesamtes nicht zu berechtigen vermag, wäre der blosse Ausspruch des staatlichen Rechts, dass der Staat Eigentumsbefugnisse an einem Gebiete habe, für die andern Staaten nicht massgebend. Der Eigentumstitel kann nicht in einer Erklärung des staatlichen Rechts gefunden werden, sondern er muss, um Anerkennung zu finden, völkerrechtliche Gültigkeit haben. Eigentumsbefugnisse am Gebiete leiten sich aber nur ab aus einem völkerrechtlichen Erwerbstitel, wie: unvordenklicher Besitzstand, Okkupation, Eroberung oder staatsvertragliche Abtretung. Der Staat hat allerdings einen Willen auf das Gebiet. Dieser Wille kann aber ein rechtlicher nur gemäss Völkerrecht sein. Die rechtliche Herrschaft des Staates über sein Gebiet ist rechtlich nur nach Völkerrecht, nicht nach Staatsrecht denkbar. So bemerkt ROSIN, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft S. 46: „Dass die Gebietshoheit als Sachenrecht des Staates nur soweit aufzufassen ist als ich diesem Staate andere Staaten gegenüberstelle, dass also, kurz gesagt, eine sachenrechtliche Gebietsherrschaft nur als Institut des Völkerrechts, nie aber als Institut des innern Staatsrechts logisch möglich ist.“ Es scheint, dass LABAND die positive Seite des Rechts am Territorium, die un-

beschränkte Befugnis des Staates, das Gebiet für die staatlichen Bedürfnisse zu verwenden, darüber zu schalten und zu walten, als eine staats- und nicht als eine völkerrechtliche Befugnis betrachtet, indem er (Staatsrecht des Deutschen Reiches I. S. 174 Anm. 4) die positive Seite des Rechts als staatsrechtlich bezeichnet. Er sagt: „gerade die ausschliessliche rechtliche Herrschaft des Staates über sein Gebiet ist der Grund für diese (d. h. negative) völkerrechtliche Behandlung der Staatsgebiete." Die positive Seite aber wie die negative sind Seiten des nämlichen Rechts. Dieses subjektive Recht kann nicht auf der einen Seite staatsrechtlicher auf der andern Seite völkerrechtlicher Natur sein. LABAND gibt zu, dass die negative Seite des Eigentums am Gebiete völkerrechtlicher Natur sei; dann muss es aber auch die positive Seite sein. Er bemerkt ja selbst: „beide Wirkungen bedingen sich gegenseitig; eine ist ohne die andere nicht denkbar."

Die wichtige Frage ist die, ob eine positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums nachweisbar sei. Ich möchte die Frage bejahen. Die positive Seite liegt darin, dass der Staat das Gebiet für sein vegetatives Leben benützt, auf dem Gebiete schaltet und waltet. Die Benutzung von Grund und Boden, das Schalten und Walten auf demselben kann sich aber bei einem Verbande tatsächlich nur so vollziehen, dass die Glieder des Verbandes, die Genossen, den Boden benutzen, darauf schalten und walten, ihre Tätigkeit entfalten. Der Verband wird in Wirklichkeit tätig und waltend dadurch, dass seine Mitglieder tätig und wirksam werden. Der Verband hat keine von seinen Mitgliedern losgelöste Existenz, er ist nicht ein Abstraktum, das abgesehen von den Mitgliedern des Verbandes eine Einwirkung auf das Gebiet vorzunehmen vermöchte. Den Besitz des Gebietes vermag die Einheit nur dadurch auszuüben, dass die Glieder es tun.

Die Ausübung der dem Staate am Gebiete völkerrechtlich

zustehenden Herrschaftsrechte durch die Glieder, muss aber eine geordnete sein. Das Schalten und Walten der Glieder des Verbandes auf dem Gebiete unterliegt der Regelung durch die staatliche Rechtsordnung. Diese letztere bringt die Ordnung auf dem Gebiete, sie hat im Gebiete ihren räumlichen Bereich. Die Verhältnisse der Mitglieder zueinander in Bezug auf das Gebiet werden geordnet. Das staatliche Recht ordnet das Privateigentum, die dinglichen Nutzungsverhältnisse, die Gebäude- und Strassenpolizei, das Niederlassungswesen, die örtliche Zuständigkeit der Behörden etc. Der Staat übt also die positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums dadurch aus, dass seine Glieder nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben. Zu dieser Auffassung führt auch die umgekehrte Betrachtungsweise. Indem Menschen auf einem Gebiete nach gesetzlicher Ordnung die totale Herrschaft über das Gebiet ausüben, darüber und darauf schalten und walten, erscheint völkerrechtlich auch der durch diese Menschen gebildete Verband selbst die totale Herrschaft über das Gebiet auszuüben. Und wenn das Völkerrecht anerkennen muss, dass diese Menschen, bzw. ihre Vorfahren den Besitz unvordenklich ausgeübt haben, wird er dem durch diese Menschen gebildeten Verbande die Befugnisse des Eigentums zuerkennen. Vom Standpunkte des Völkerrechts aus liegen die Verhältnisse so: Berechtigt am Gebiet ist nur der Staat als Ganzes, nur der Staat hat völkerrechtliche Persönlichkeit; die Mitglieder des Staates haben keine völkerrechtliche Berechtigung, sie sind nicht völkerrechtliche Persönlichkeiten, sie üben die Berechtigung des Ganzen tatsächlich aus. Diese nach Völkerrecht bloss tatsächliche Ausübung wird durch die innere Rechtsordnung des Staates zu einer geregelten und rechtlichen.

Curtius (Archiv für öffentl. Recht Bd. IX S. 1 ff.) anerkennt mit Laband die negative Seite des Rechts des Staates am Gebiete, also den völkerrechtlichen Anspruch auf Ausschlies-

sung anderer Staaten vom Gebiete. Er verwirft in dieser Beziehung die Theorie von der Bestandteilsnatur des Gebietes. Er sagt (S. 5 ff.): „die Notwendigkeit eines Gebietes für den Staat wird niemand bezweifeln, da der Staat, so wenig wie der Mensch in der Luft leben kann. Es ist nur zu bestreiten, dass diese Notwendigkeit eine rechtliche sei .... Jedenfalls wird im völkerrechtlichen Verkehre von den Staaten über ihr Gebiet verfügt, wie der Eigentümer über sein Grundstück verfügt und die angeblich wissenschaftlich unmögliche Anschauung von dem Staate als Subjekt, dem Gebiet als Objekt des Staates ist ohne Frage diejenige, welche die Praxis des internationalen Verkehrs beherrscht.“ Dagegen fehlt nach CURTIUS die positive Seite des völkerrechtlichen Eigentums, die totale Herrschaft des Subjektes über das Objekt. Er findet keine Befugnisse am Gebiete, „welche in dem Herrscherrecht über die Untertanen keine Erklärung finden“. Wenn CURTIUS dies nachzuweisen unternimmt, so geht er von dem Begriffe des Staates als eines Abstraktums aus. Der Staat, der „Herrschaftsrechte über die Untertanen“ ausübt und so den Gliedern des Verbandes entgegengestellt wird, ist etwas Unwirkliches. Mit diesem Unwirklichen lässt sich aber nicht operieren. Neben dem abstrakten Begriffe des Staates kennt aber CURTIUS a. a. O. S. 9 noch den Begriff des Staates in seiner Wirklichkeit als „das Volk, welches durch die staatliche Organisation (völkerrechtliche) Person wird“. Diese Wirklichkeit nun übt zwar nach CURTIUS ebenfalls keine Herrschaft über das Gebiet aus, hingegen wird das Gebiet doch das Domizil dieser wirklichen Persönlichkeit des Staates. Man wird gegen die Bezeichnung des Gebietes als des Domizils des Volkes nichts einzuwenden haben, nur wird man diese Domizilnahme als Ausfluss des völkerrechtlichen Anspruchs des Staates auf Beherrschung des Gebietes, als Ausfluss der positiven Seite des völkerrechtlichen Eigentums zu betrachten haben. Warum darf das Volk auf dem bestimmten Gebiete Platz nehmen, auf dem Ge-

biete und über das Gebiet schalten und walten? Deshalb wohl, weil dieses Volk als völkerrechtliche Persönlichkeit positive Eigentumsbefugnisse am Gebiete hat und weil sich diese Befugnisse tatsächlich so vollziehen, dass die Glieder dieser wirklichen Persönlichkeit, die Volksgenossen sich sesshaft machen, sich bewegen, untereinander verkehren, den Boden bebauen und benutzen. Die Ausübung des dem Ganzen zustehenden Rechts durch die Teile des Ganzen ist dann Gegenstand der Ordnung durch die im Verbande geltenden Gesetze. Das völkerrechtliche Recht des Staates am Staatsgebiete erhält seine Ausführung nicht bloss durch die staatlichen Rechtssätze über Staatsangehörigkeit, sondern durch das staatliche Recht überhaupt, namentlich auch durch das Zivilrecht.

Es wird von RADNITZKY, Archiv für öffentl. Recht Bd. XX S. 337 der Einwand erhoben, dass ein doppeltes Eigentum, das völkerrechtliche Eigentum des Staates selbst und das Privateigentum der Bürger am Grund und Boden also „eine doppelte ausschliessliche und totale Herrschaft" nicht möglich sei. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es zwei verschiedene Rechtsordnungen sind, welche die Beziehungen zum Gebiete ordnen, einerseits das Völkerrecht und anderseits die staatliche Rechtsordnung. Das völkerrechtliche Eigentum des Staates schliesst nicht aus, dass das staatliche Recht in näherer Ausführung der völkerrechtlichen Berechtigung des Ganzen, die Ausübung durch die Teile des Ganzen ordnet und hierbei das gewährt, was wir Privateigentum nennen. Die „ausschliessliche und totale Herrschaft" des Privateigentums ist bloss eine relative; sie hat sich innerhalb der gesetzlichen Schranken zu bewegen. Die Ordnung wäre auch so denkbar, dass Kollektiveigentum, periodische Neuverteilung des Bodens etc. eingeführt würde. Das Privateigentum kann bestehen, auch wenn sich das völkerrechtliche Eigentum des Staates ändert und Aenderungen des Privateigentums berühren anderseits das völkerrechtliche Eigentum in keiner Weise.

Quellen und Entscheidungen.

Die Unzulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche aus Staatsakten.

Von

Rechtsanwalt Dr. C. H. P. INHULSEN, Birkbeck Bank Chambers, Holborn, London W.C.

Im September 1902 wurde in England über das Vermögen eines indischen Prinzen — Victor Albert Jay Duleep Singh — das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter erhob eine Klage in England gegen den Staatssekretär für Indien und begründete diese Klage substantiell, wie folgt:

Im Anfange des 19. Jahrhunderts herrschte im Punjab im Nordwesten Indiens ein gewisser Runjeet Singh, welcher 1839 verstarb. Es folgten zunächst 3 Söhne und nach deren Tode sein jüngster Sohn Duleep Singh. Letzterer war damals — 1843 — fünf Jahre alt. Am 14. Dezember 1846 vereinbarte die Ostindische Gesellschaft mit den leitenden Persönlichkeiten des Fürstentums, dass ein vom Generalgouverneur zu ernennender, britischer Beamter in Lahore verbleiben solle; dass bei der Verwaltung den Empfindungen der Bevölkerung Rechnung zu tragen und jede Klasse in ihren begründeten Rechten zu schützen sei; dass das Land von einem zu bestellenden Regentschaftsrat im

Einvernehmen mit dem britischen Residenten verwaltet werden solle; dass zum Schutze des Fürsten und des Landesfriedens eine britische Truppe in Lahore zu verbleiben habe; und dass das Fürstentum der britischen Regierung 2 200 000 Rupien für den Unterhalt dieser Garnison zahlen solle. Diese Vereinbarung wurde für die Zeit der Minderjährigkeit des Fürsten abgeschlossen und sollte am 4. September 1854 ausser Kraft treten. Im August 1847 machte die Ostindische Gesellschaft bekannt, sie fühle ein väterliches Interesse an der Erziehung und Bevormundung des Fürsten und nehme und stelle denselben gänzlich unter ihre Vormundschaft. Am 29. März 1849 vereinbarte die Ostindische Gesellschaft mit dem Regentschaftsrat, dass der Fürst für sich und seine Erben auf alle Souveränitätsrechte verzichte; dass abschläglich der von seiten des Fürstentums der britischen Regierung geschuldeten Summen und der Kriegskosten das gesamte Staatsvermögen zu Gunsten der Ostindischen Gesellschaft konfisziert werde; dass der Edelstein „Koh-i-noor“, welchen weiland Runjeet Singh eroberte, der Königin von England auszuliefern sei; und dass die Ostindische Gesellschaft dem Fürsten für den Unterhalt seiner eigenen Person, seiner Verwandten und Staatsdiener eine jährliche Pension von 4 – 500 000 Rupien zahlen solle. 1858 gingen zufolge Gesetzes die von der Ostindischen Gesellschaft verwalteten Territorien auf die Königin von England über; alle von der Ostindischen Gesellschaft geschlossenen Staatsverträge sollten die englische Krone binden, und alle von der Ostindischen Gesellschaft eingegangenen Verträge und Verbindlichkeiten sollten von bzw. gegen den Staatssekretär für Indien erzwingbar sein. Duleep Singh verstarb am 22. Oktober 1893 mit Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung, welche seinen Sohn — den Konkursschuldner — zum Universalerben einsetzte. Auf letzteren sollten insbesondere die sämtlichen politischen und sonstigen Rechte, einschliesslich Staatsrechte übergehen, aus Verträgen mit Grossbritannien oder aus anderen Titeln, unter Einschluss aller Rechte an Immobilien und Mobilien in Indien nach indischem Recht.

Aus diesen Tatsachen schloss der Kläger, die Ostindische

Gesellschaft und später der Beklagte seien zufolge ausdrücklicher Bestimmung Treuhänder von 4—500 000 Rupien per annum zu Gunsten des Duleep Singh gewesen. Kläger verlangte deshalb Zahlung der aus der Lebenszeit des Duleep Singh rückständigen Beträge.

Kläger schloss weiter, der Anspruch auf die 4—500 000 Rupien sei nicht mit dem Tode des Duleep Singh erloschen, sondern auf den Konkursschuldner übergegangen. Kläger verlangte daher Zahlung der seit dem Tode des Duleep Singh rückständigen Beträge.

Kläger folgerte drittens, die Ostindische Gesellschaft und später der Beklagte hätten als Vormund des Duleep Singh Privatvermögen desselben besessen. Kläger forderte Rechnungslegung über dasselbe.

Kläger behauptete schliesslich, bei der Inbesitznahme des Fürstentums hätten Soldaten der Ostindischen Gesellschaft Juwelen, Gold- und Silbersachen des Duleep Singh sich angeeignet. Kläger verlangte auch über diese Vermögensstücke Rechnungslegung.

Der Beklagte beantragte, die Klage als frivol, als vexatorisch und als einen Missbrauch des gerichtlichen Verfahrens abzuweisen.

Der Gerichtsbeamte, welcher zunächst zu entscheiden hatte, wies diesen Antrag ab; der Richter selbst erkannte auf Klageabweisung, und das Berufungsgericht hat die Klageabweisung mit nachstehender Begründung bestätigt: —

„Die Klage richtet sich gegen den Staatssekretär für Indien als Nachfolger in die Verpflichtungen der Ostindischen Gesellschaft. Beklagter lässt vortragen, dass die Klage eine vexatorische sei und keinen Klagegrund aufdecke, insbesondere deshalb, weil angesichts der in der Klagebegründung angeführten Tatsachen alle Handlungen der Ostindischen Gesellschaft, mögen sie Duleep Singh, dessen Fürstentum, oder Vermögen, öffentliches, wie privates, betreffen, Staatsakte seien und weder eine Vertragsverpflichtung, noch eine fiduziarische Auflage zu Gunsten des Konkursschuldners entstehen liessen. Vor Erörterung der

einzelnen Klageansprüche empfiehlt es sich, einige Stellen aus der Entscheidung i. S. Secretary of State in Council of India v. Kamachee Boye Sahaba (7 Moore's Ind. App. Cases 476) zu zitieren.

Diese Entscheidung nimmt Bezug auf die Behauptung des Staatssekretärs, dass als Fiduciar der Krone die Ostindische Gesellschaft unter gewissen Beschränkungen befugt war, bei Transaktionen mit anderen souveränen Staaten in Indien wie ein souveräner Staat tätig zu werden, und dass in Ausübung dieser souveränen Gewalt und aus Staatsmotiven die Ostindische Gesellschaft es für angezeigt erachtete, von dem Fürstentum Tanjore Besitz zu ergreifen, und fährt sodann fort: —

„Das allgemeine Rechtsprinzip wird nicht bestritten. Ein Bestreiten desselben würde sich auch nicht einmal scheinbar begründen lassen. Die Transaktionen unabhängiger Staaten unter einander bestimmen sich nicht nach den Rechtssätzen, welche Staatsgerichte anwenden. Für derartige Transaktionen besitzen Staatsgerichte weder Mittel, um zu entscheiden, was Rechtens ist, noch die Macht, Entscheidungen zu erzwingen. Das gedachte Prinzip, wird nun behauptet, komme aus folgenden Gründen auf unseren Fall nicht zur Anwendung: 1. Die Ostindische Gesellschaft befinde sich nicht in der Rechtslage eines unabhängigen Souveräns; die zu ihren Gunsten ausgeübten souveränen Befugnisse ständen nicht ihr selbst, sondern dem Generalgouverneur und seinem Beirat zu, welche für in der gedachten Eigenschaft vorgenommene Handlungen durch Gesetz geschützt seien. 2. Es sei hier nicht in Ausübung einer souveränen Gewalt gegenüber einer anderen unabhängigen Gewalt Besitz ergriffen worden; es liege eine blosse Rechtsnachfolge auf Grund eines angeblichen Rechtstitels in angeblich der Ostindischen Gesellschaft verfallene Vermögensstücke vor. 3. Es sei zwischen öffentlichen und privaten Vermögensstücken des Fürsten zu scheiden; was die Ostindische Gesellschaft auch bezüglich der öffentlichen Vermögensstücke beabsichtigt habe, sie habe jedenfalls mit Bezug auf die privaten Vermögensstücke keine souveränen Befugnisse ausüben wollen; sie besitze daher Vermögensstücke

zufolge einer unbefugten Handlung ihrer Beamten und könne einen Schutz für diese Handlung nicht aus den Gründen in Anspruch nehmen, welche die öffentlichen Vermögensstücke der Jurisdiktion der Staatsgerichte entziehen würden."

Nach Erledigung der übrigen Punkte zu Gunsten des Staatssekretärs heisst es in der Entscheidung weiter: —

„Es frägt sich ferner, worin der eigentliche Charakter der hier fraglichen Handlung besteht. War es eine in Ausübung arbiträrer Gewalt für die britische Krone vorgenommene Besitzergreifung von Territorien und Vermögensstücken eines Nachbarstaates, eine Handlung, welche sich zu ihrer Rechtfertigung nicht auf das bürgerliche Recht stützt? Oder war es eine von der Krone auf Grund eines angeblichen Rechtstitels vorgenommene Besitzergreifung von Vermögensstücken des verstorbenen Fürsten, eine fiduziarische Besitzergreifung zu gunsten der Erben des letzten Besitzers? Letzterenfalls würde der Einwand hinfällig sein."

Die Entscheidung bemerkt sodann, dass sich aus den vorgelegten Urkunden ein Rechtstitel der Ostindischen Gesellschaft und der britischen Krone an dem Fürstentum und den Vermögensstücken des Fürsten bei seinem Tode nicht ergebe, und fährt fort: —

„In der Klagebeantwortung heisst es, bei dem Tode des Fürsten hätten der Beklagte und die britische Regierung in der Form eines Staatsaktes beschlossen, dass das Fürstentum und die Fürstenwürde erloschen seien, und dass das Gebiet dem Beklagten als Fiduciar der britischen Krone verfalle; Beklagter habe ferner in der Form eines Staats- und Regierungsaktes angeordnet, dass derselbe als Fiduciar der britischen Krone Gebiet und Souveränität mitsamt den dazu gehörigen Vermögensstücken übernehme, als Bestandteil von Britisch-Indien zu Gunsten der britischen Krone; alle Vermögensstücke seien kraft souveräner Rechte für die britische Krone in Besitz genommen; ein Staatsgericht sei nicht befugt, diese Besitzergreifung auf ihre Berechtigung zu prüfen."

Weiter unten besagt die Entscheidung: —

„Was die Vermögensstücke des Fürsten anbetrifft, öffentliche, wie private, so ist klar, dass die Regierung sämtliche in Besitz zu nehmen gedachte. Der Zweck, welchen sie im Auge hatte, erforderte die Verwendung sämtlicher Vermögensstücke".

Die Entscheidung gelangt schliesslich zu folgendem Resultat: —

„Die Vermögensstücke wurden von der britischen Regierung, als einer souveränen Macht, durch ihren Delegaten — die Ostindische Gesellschaft — in Besitz genommen. Diese Handlung, samt ihren Folgen, war ein Staatsakt, über welchen dem Staatsgericht keine Jurisdiktion zusteht."

Was nunmehr die einzelnen Klageansprüche in unserem Falle betrifft, so stellt die Klagebegründung die Behauptung auf, die Ostindische Gesellschaft habe auf Grund eines angeblichen Rechtstitels von den Vermögensstücken Besitz ergriffen; die Folgen seien daher dieselben, als hätte eine Privatperson Besitz ergriffen. Alle Klageansprüche beruhen auf der Annahme, dass die Ostindische Gesellschaft und später der Staatssekretär Fiduziare zu Gunsten des Duleep Singh und des Konkursschuldners waren. Es genügt nun nicht, hier allgemein zu behaupten, die Ostindische Gesellschaft sei Fiduziar gewesen. Kläger muss ausserdem Urkunden oder Tatsachen vorbringen, welche prima facie ein fiduziarisches Verhältnis nachweisen.

Soweit die ersten beiden Klageansprüche in Betracht kommen, genügt bereits die Einsicht der einzigen Urkunde, welche sich mit der Entstehung der Ansprüche und der Natur des dem Duleep Singh zugestandenen Rechts befasst, der vom 29. März 1849 datierten Urkunde. Aus derselben ergibt sich nicht der geringste Grund für eine Behandlung derselben als ein privatrechtlicher Vertrag. Was geschah, war klar und deutlich ein Staatsakt, über welchen Staatsgerichte keine Jurisdiktion besitzen. Selbst wenn man in der Urkunde einen privatrechtlichen Vertrag erblicken wollte, so lassen sich aus demselben jedenfalls nur Ansprüche für Lebzeiten des damaligen Fürsten herleiten; nach seinem Tode konnte niemand daraus Ansprüche herleiten. Die Urkunde enthält eine allgemeine Bewilligung zu Gunsten des

damaligen Fürsten und für gewisse, sich mit seinem Tode absolut erledigende Zwecke.

Der dritte Anspruch beruht auf der Behauptung, die Ostindische Gesellschaft habe von privaten Vermögensstücken des Fürsten Besitz ergriffen und dieselben als Vormund und später als Fiduciar für den Fürsten und den Konkursschuldner besessen. Kläger bezieht sich zunächst auf die Bestimmung in der Urkunde vom 29. März 1849, wonach das gesamte Staatsvermögen zu Gunsten der Ostindischen Gesellschaft konfisziert wurde, und erblickt darin eine Unterscheidung zwischen Staatsvermögen und Privatvermögen. Die Urkunde enthalte bezüglich des Privatvermögens einen Vertrag, auf Grund dessen die Ostindische Gesellschaft dem damaligen Fürsten und dem Konkursschuldner als Fiduziar hafte oder doch zur Rechnungslegung verbunden sei. Kläger beruft sich ferner auf die Bekanntmachung von 1847, welche indessen gewiss nicht die Behauptung rechtfertigt, die Ostindische Gesellschaft habe für diese Vermögensstücke ein fiduziarisches Verhältnis akzeptiert.

Was endlich den vierten Anspruch betrifft, so wird zugestanden, dass die betreffenden Soldaten Rebellen waren. Wie die Klagebegründung zur Zeit lautet, lässt sich überhaupt kein Klagegrund in derselben entdecken.

Es ist nun behauptet worden, momentan genüge eine allgemeine Behauptung eines fiduziarischen oder vertraglichen Verhältnisses; Tatsachen zur Unterstützung der allgemeinen Behauptung könnten noch im weiteren Verlaufe des Prozesses vorgebracht werden. Dem stehen die Prozessvorschriften entgegen, welche das heutige System der Schriftsätze beordnen. Die Notwendigkeit, die einen allgemein formulierten Anspruch begründenden Tatsachen anzugeben, bestand zudem bereits unter dem alten System. Vergl. West Rand Gold Mining Co. v. The King (1905, 2 K. B. 391)[1].

Selbst wenn man hier von einem Klagegrunde sprechen könnte, würde in einem Falle der vorliegenden Art noch nicht

[1] Mitgeteilt im „Archiv“, 1905, Juli, S. 134 ff. Der fragliche Passus findet sich auf S. 135.

mit einer Art Klagegrund auszukommen sein. Es handelt sich um eine über 50 Jahre in der Vergangenheit liegende Besitzergreifung. In Sachen Lawrance v. Lord Norreys (15 App. Cas. 210) erklärte das Oberhaus, die zwischen der Entstehung des Klagegrundes und der Klageerhebung liegende Frist sei zu berücksichtigen. Dies ist zu beachten bei der Ausübung der uns zufolge der Prozessvorschriften und auch abgesehen von denselben zustehenden Befugnis, eine missbräuchliche Erhebung von Ansprüchen zu verhindern, welche keine verständliche Aussicht auf Erfolg bieten. In der gedachten Oberhausentscheidung, welche eine Klage auf Rückgabe des Besitzes von Ländereien betraf, heisst es, die den Ausschluss der Verjährung begründenden Behauptungen seien scharf zu prüfen, sofern auf Grund eines vor mehr als 70 Jahren entstandenen Rechtstitels die Besitzentsetzung der während dieser Frist im Besitz befindlichen Personen gefordert werde. Zwecks Ausschlusses der Verjährung war verheimlichter Betrug behauptet worden.

Die Erörterung der einzelnen Ansprüche ist hiermit abzuschliessen. Sämtliche Tatsachen vereinigen sich nicht nur mit der Auffassung, dass die Ostindische Gesellschaft einen Staatsakt vornahm und nicht ein Recht ausübte, sondern führen auch notwendigerweise zu dem Schlusse, dass es sich um einen Staatsakt handelte. Die Entscheidung des Richters in der ersten Instanz ist sonach zutreffend.

Kläger hat nun noch vortragen lassen, es müsse ihm gestattet werden, seine Klagebegründung zu verbessern. Wenn auch nach Ansicht des Gerichts weitere Klagebegründungstatsachen nicht denkbar sind, so soll doch dem Kläger eine Gelegenheit zur Verbesserung seiner Klagebegründung gegeben werden. Etwaige weitere Tatsachen würden einer scharfen Prüfung zu unterwerfen sein. (Salaman v. Secretary of State for India in Council. Court of Appeal. 27. Februar 1906.)

Literatur.

Dr. jur. Hugo v. Strauss und Torney, Senatspräsident des Oberverwaltungsgerichts, das Gesetz betreffend die Anlegung und Veränderung von Strassen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875. Des Kommentars von weil. Oberverwaltungsgerichtsrat R. Friedrichs fünfte, völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin 1905, J. Guttentag. XVI. und 333 S.

Das Kommentarwesen, das unsere moderne Gesetzgebung so rasch und so üppig zu umranken pflegt, steht im grossen und ganzen nicht gerade einer übermässig günstigen Meinung gegenüber. Desto erfreulicher ist eine Erscheinung wie dieses Buch von dem man sagen darf, dass es ganz und gründlich gelungen ist. Es erfüllt vor allem seinen Hauptzweck: die Anwendung des kommentierten Gesetzes in der willkommensten Weise zu erleichtern. Die wiederholt notwendig gewordenen Neuauflagen sind ja ein kräftiger Beweis dafür. Ich möchte aber auch noch persönlich Zeugnis ablegen aus meiner eignen Erfahrung als mehrjähriger Leiter der Strassburger Baupolizei. Durch das Gesetz vom 21. Mai 1879 waren ja dort die wichtigsten Bestimmungen des Preussischen Gesetzes anwendbar gemacht worden. Wir wären übel daran gewesen ohne diesen trefflichen Kommentar.

Zu den Ausführungen S. 131 ff. über die Möglichkeit, das Bauen an unfertigen Strassen ausnahmsweise zu gestatten und Bedingungen dabei zu setzen, möchte ich eine eigentümliche Massregel erwähnen, die wir damals versuchten und durchführten. Nach Lage der Gesetzgebung war nämlich die Macht der Polizei sehr beschränkt; namentlich konnten wir nicht verhindern, dass in den Vororten neben den erwünschteren Einfamilienhäusern riesige Mietskasernen aufschossen. Wir stellten also die vorgesehenen Strassen nicht ganz fertig, liessen aber durch Gemeinderatsbeschluss die angrenzenden Grundstücke von Fall zu Fall freigeben: „zur Bebauung mit einem Einfamilienhaus“. Mit dieser Beschränkung wurde dann die bau-

polizeiliche Erlaubnis erteilt. So viel ich weiss, ist dieses System seither noch weiter ausgebildet worden. —

Man wird es bei dem Theoretiker erklärlich finden, wenn er neben der grossen praktischen Brauchbarkeit doch auch noch einen besondern Wert legt auf eine andere Eigenschaft des Buches; es ist die gediegene, echt wissenschaftliche Art der Darstellung; das Buch ist auch unter diesem unserem Gesichtspunkte hervorragend gut geschrieben.

Allerdings war das einigermassen erleichtert durch die Natur des Stoffes selbst. Wenn auf anderen Gebieten des Verwaltungsrechts die Versuchung zu unjuristischem Beiwerk und Gerede stark genug ist, handelt es sich hier um feste scharf bestimmte Rechtsbegriffe, deren Wirkungen bis in die feinsten Verästelungen der geordneten Verhältnisse zu verfolgen sind, gerade wie im Zivilrecht. Und tatsächlich steht es eben doch so, dass der rechtswissenschaftliche Gehalt des Verwaltungsrechts desto deutlicher und einleuchtender erkennbar zu machen ist, je näher seine Ordnungen jeweils dem Zivilrecht verwandt sind, das die angestammte Heimat aller Rechtswissenschaft ist und bleibt. Als mustergültig sollen namentlich die umfassenden Ausführungen zu § 15 des Gesetzes, die Strassenbeiträge betreffend (S. 158 ff.) hervorgehoben werden.

Da der Verfasser Jurist ist und ich auch, so kann es nicht fehlen, dass wir im einen oder anderen Punkte verschiedener Meinung sind. Es ist im ganzen sehr wenig, und verlohnt kein näheres Eingehen.

Aber e i n e Beschwerde kann ich doch nicht unterlassen anzubringen; sie richtet sich allerdings keineswegs gegen den Verfasser allein. Es handelt sich S. 279 ff. um das Rechtsverhältnis des S t r a s s e n u n t e r n e h m e r s zu der Gemeinde. Ein Einzelner oder eine Gesellschaft unternimmt es, auf eigene Kosten eine öffentliche Strasse herzustellen; § 15 sagt, welche Verpflichtungen durch Ortsstatut für ihn bestimmt werden können. Wird das nun als „Gemeindelast“ aufzufassen sein? Der Verfasser bemerkt S. 279 mit Recht: „dem widerspricht einigermassen das Wesen der Sache“, und hebt S. 281 noch einmal die „grossen Bedenken“ hervor, die gegen die Behandlung als Gemeindelast sprechen. Andrerseits hat es auch sein Missliches, das Verhältnis „als ein rein privatrechtliches zu gestalten“ (S. 280). Das Reichsgericht hat in einem viel besprochenen Erkenntnis vom 22. Sept. 1888 die privatrechtliche Auffassung durchgeführt mit dem Ergebnis, dass die Gemeinde kein Recht hatte, weil ein richtiger Vertrag nicht vorlag. Dem gegenüber scheint es schliesslich doch vorteilhafter zu sein, die Verpflichtungen des Unternehmers durch ein giltiges Ortsstatut als öffentlichrechtliche Lasten zu gestalten (S. 282). — Dass hier etwas nicht in Ordnung ist, spürt der Verfasser sehr wohl. Mit der „Gestaltung als öffentlich-rechtliches Verhältnis“ durch Aufstellung eines Ortsstatuts dürfte aber schwerlich geholfen sein. Das Ortsstatut kann doch den Unternehmer nicht verpflichten. Es steht ja, wie S. 175 ganz richtig hervorgehoben

wird, in dessen freiem Entschlusse, ob er will oder nicht. Seine Verpflichtung kann, mangels einer Ermächtigung des Gesetzes zu einseitigem Belasten, allemal nur begründet werden mit seiner Einwilligung und in rechtsgeschäftlicher Weise. Das Ortsstatut kann dabei nichts anderes tun, als den Inhalt dieser Verpflichtungen ein für allemal und gleichmässig bestimmen, etwa wie die Verkehrsordnung für den Eisenbahnfrachtvertrag tut oder das Eisenbahngesetz von 1838 für die Eisenbahnkonzession. Das normierte Rechtsgeschäft selbst kann, wie diese Beispiele zeigen, privatrechtlich sein oder öffentlich-rechtlich — ich hoffe wenigstens, dass der Verfasser damit einverstanden sein wird, die Eisenbahnkonzession als öffentlich-rechtlicher Natur anzusehen. Welcher Art wäre das Rechtsgeschäft mit dem Unternehmer hier? Dieser ist, wie S. 283 richtig bemerkt wird, nicht Beauftragter, noch Werkführer der Gemeinde, nicht „technisch ausführendes Organ“ von ihr, sondern „selbst Unternehmer“ — für eigene Rechnung und in eigenem Namen soll er die Strasse bauen und während fünf Jahren unterhalten und besitzen, auch besitzen! Dann nimmt sie ihm die Gemeinde ab. Das ist selbstverständlich kein privatrechtliches Rechtsverhältnis und nicht begründet durch privatrechtlichen Vertrag, wie das Reichsgericht in der vorhin erwähnten Entscheidung ihn sucht. Es ist aber gleichwohl eine Erscheinung, die vielen Juristen nicht unbekannt ist: die Uebertragung eines öffentlichen Unternehmens zu eignem Recht, die Konzession, Verleihung. Wir haben Eisenbahnkonzessionen in diesem Sinn, Chausseekonzessionen früher sehr zahlreich, Brücken und Fähren sind so behandelt; auch Telegraph und Telephon bieten Anwendungsfälle, gemäss Gesetz vom 6. April 1892 § 2. Ich habe dieses Rechtsinstitut — keineswegs eine neue Entdeckung von mir! — in meinem deutschen Verwaltungsrecht II S. 294 ff. ausführlich behandelt und dabei insbesondere auch S. 312 Note das Reichsgerichtserkenntnis vom 22. September 1888 erörtert, welches dem Verfasser solche Schwierigkeiten bereitet.

Ich sage das nicht etwa, um die Aufmerksamkeit des Verfassers auf mein und meiner Werke Dasein zu lenken, sondern weil ich glaube, ihm dadurch behilflich zu sein zur Lösung der hier behandelten Frage. Es scheint mir, dass durch die Annahme einer Strassenkonzession sich alles erledigt. Insbesondere dürfte auf solche Weise sich auch die Erscheinung erklären und rechtfertigen, die Verfasser S. 282, 283 erwähnt: dass Gemeinden den Unternehmern das Recht auf Bezug der Strassenbeiträge abtreten. Das ist selbstverständlich zulässig; das macht das ganze Institut sogar erst lebensfähig. Bezieht nicht die Chausseebau-Aktiengesellschaft die Chausseegelder, deren Bezug ihr mit dem Unternehmen übertragen wird? Das ist ja das Hauptinteresse dabei. Aber natürlich, alles das lässt sich zivilrechtlich nicht erklären.

Es scheint mir also: ein gewisser Ueberblick über die Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts ist immerhin von Vorteil. Aber andererseits wird

eben auch der Systematiker des öffentlichen Rechts solchen Ueberblick nicht gewinnen können, wenn nicht so vortreffliche Arbeiten wie dieser Kommentar die Einzelheiten des vielgestaltigen Stoffes durchleuchten.

Otto Mayer.

Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Nach dem Tode des Verfassers in sechster Auflage bearbeitet von Gerhard Anschütz. Leipzig, Duncker & Humblot 1905. XII und 893 S.

Wenn ich dieses Buch begrüsse, so kann ich nicht anders beginnen, als mit dem Ausdruck dankbarer Erinnerung an den Mann, der uns allzufrüh entrissen wurde, eine der liebenswürdigsten Erscheinungen der deutschen Gelehrtenwelt.

Seine literarische Persönlichkeit tritt uns in seinen beiden Lehrbüchern: „Deutsches Staatsrecht" und „Deutsches Verwaltungsrecht" scharf ausgeprägt entgegen. Er ist der geborene Lehrer. Was ich in dieser Zeitschrift Bd. XI S. 160 von dem letzteren Werke sagte, gilt für beide: „Alles ist in einer Klarheit, Sicherheit und Ordnung vorgetragen, die geradezu mustergiltig ist. Vielleicht ist manches nicht so ganz einfach als es hier aussieht; dafür stösst man aber auch nirgends auf gewagte Einfälle und willkürliche Künsteleien. In seinem ruhigen, vertrauenerweckenden Gang bewährt sich an diesem Lehrbuch die rechte Kunst des Lehrens".

Als Denkmäler des Rechtszustandes ihrer Zeit werden diese Werke immer von Wert bleiben. Als lebendige Lehrbücher aber sind sie selbstverständlich der Gefahr ausgesetzt, rasch zu veralten — das öffentliche Recht marschiert ja mit grossen Schritten weiter. Hier wäre es wirklich schade gewesen, wenn sich niemand gefunden hätte, um die Lebenskraft dieses guten Buches zu verlängern. Der Herausgeber hat sich durch dieses Unternehmen ein grosses Verdienst erworben und noch mehr durch die Art, wie er es ausgeführt hat.

Wer selber Bücher schreibt, kann sich wohl in die Lage versetzen und sich vorstellen, wie schwierig es ist, ein fremdes Buch herauszugeben mit den erforderlichen Aenderungen und Zusätzen. Und wenn nun der Herausgeber seinerseits ein Mann ist, der von Haus aus keineswegs geneigt ist, so einfach hinzunehmen, was die andern sagen, sondern im Gegenteil sehr daran hält, seine Meinung für sich zu haben und sie auch mit der wünschenswertesten Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen — dann ist es ihm doppelt hoch anzurechnen, wenn die Herausgabe so — ich will einmal sagen: so dezent gemacht ist, wie hier.

Was hat man schon erleben müssen mit solchen posthumen Herausgaben! Was ist aus ZACHARIAE, Französisches Zivilrecht, aus L. A. RICHTER, Kirchenrecht geworden? Die Wassersucht haben sie bekommen, vor lauter Zusätzen und Gegenzusätzen und Polemik gegen den Text!

Hier war der Herausgeber pietätvoll und massvoll. Er hat nichts versäumt, was notwendig war, um das Werk auf dem Laufenden zu erhalten. Aber er hat sich gehütet, des Guten zu viel zu tun. Das Buch ist dicker geworden, natürlich; aber 2. Aufl. 725 S., 4. Aufl. 772 S., 5. Aufl. 813 S., 6. Aufl. 893 S. — das ist ein ganz normaler Fortschritt. Der Herausgeber beschränkt sich nicht ängstlich darauf, nur nachzutragen, was die Zeit gebracht hat. Er ergänzt und berichtigt dazwischen auch theoretische Ausführungen des Verfassers. Das ist ja gut und nützlich, wenn es nicht aufdringlich wird. Darin liegt die Gefahr, und diese hat der Herausgeber vermieden. Sage niemand, dass das so etwas Einfaches und Selbstverständliches sei!

Mehr um zu zeigen, dass ich ihm ordentlich nachgegangen bin, als aus dem Bedürfnisse Kritik zu üben, möchte ich nur das eine und andere hervorheben.

S. 210 Note 6 bemerkt der Herausgeber gegen den Text des Verfassers: „die Geschäftsordnungen (der parlamentarischen Versammlungen) sind richtigerweise nicht als autonomische Satzungen, sondern als Verordnungen zu bezeichnen". Er hat gewiss recht, dass die Volksvertretungen keine Korporationen sind. Aber Verordnungen? Sieht man im Werke selbst nach, so findet sich S. 570 die Begriffsbestimmung: „allgemeine Anordnungen, welche von dem Monarchen oder den Verwaltungsbehörden erlassen werden". Das stimmt wieder nicht, denn die Volksvertretungen sind auch keine Verwaltungsbehörden. Der Herausgeber zitiert JELLINEK, subj. öff. Rechte S. 161. Dort sind diese Geschäftsordnungen genauer als Verwaltungsverordnungen bezeichnet; das sagt wenigstens so viel, dass sie keine Rechtssätze enthalten, und das wäre hier, in der Lehre von den „Quellen des Staatsrechts" eigentlich die Hauptsache.

S. 252 ff. finden sich längere Zusätze über die Rechte der Agnaten gegenüber der verfassungsmässigen Thronfolgegesetzgebung. Hier geht der Herausgeber kräftig vor gegenüber allerlei Ketzereien, die im Verlaufe der jüngsten Thronfolgestreitigkeiten zu Tage getreten sind. Es ist gewiss, dass die Dinge in weiten Kreisen des deutschen Volkes die Ueberzeugung gründen und festigen mussten von der unbedingten Notwendigkeit einer rein staatsrechtlichen Ordnung solcher Fragen. Ich weiss mich mit dem Herausgeber vollkommen einig, wenn ich diese Ueberzeugung teile. Ich kann es wohl verstehen, wenn er die Gelegenheit benutzte ein unverblümtes Wort darüber zu sagen. Aber was er da sagt, sticht doch etwas stark ab von der Art, in welcher GEORG MEYER solche Dinge vorträgt. Und dann nimmt es für eine vorübergehende Angelegenheit — denn mehr ist es wahrlich nicht — unverhältnismässig viel Raum ein. Der Herausgeber darf es mir nicht als kleinliche Bedenklichkeit anrechnen, aber ich finde, es stört etwas die Harmonie des Ganzen, die er sonst so schön gewahrt hat. Ich würde vorschlagen, diese Ausführungen in der, hoffentlich

eben auch der Systematiker des öffentlichen Rechts solch ..r wegzu-
nicht gewinnen können, wenn nicht so vortreffliche Arb
Kommentar die Einzelheiten des vielgestaltigen Stoffes du' Mayer.
O

---

an der Universi-

Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Recht, dargestellt
Verfassers in sechster Auflage bearbeitet von G ..II und 475 S. Tü-
Leipzig, Duncker & Humblot 1905. XII und 89'

Wenn ich dieses Buch begrüsse, so kann ic ganz richtigen Er-
als mit dem Ausdruck dankbarer Erinnerung an reiten und schwierigen
früh entrissen wurde, eine der liebenswürdigste ichts besser vermittelt
schen Gelehrtenwelt. rschung jedes einzelnen

Seine literarische Persönlichkeit tritt uns i Verwaltungsrecht dürfte
„Deutsches Staatsrecht" und „Deutsches Ver Verf. greift daraus den
prägt entgegen. Er ist der geborene Lehrer. gründlicher Behandlung zu
Bd. XI S. 160 von dem letzteren Werke sag erste Teil der Arbeit vor.
einer Klarheit, Sicherheit und Ordnung vo Geschichte, Organisation
giltig ist. Vielleicht ist manches nicht und von Erlassung und Auf-
sieht; dafür stösst man aber auch nirgen Teil soll dann noch bringen:
kürliche Künsteleien. In seinem ruhige der Polizeibefehle und die
währt sich an diesem Lehrbuch die re

Als Denkmäler des Rechtszustan sser zustimmen oder nicht, im
immer von Wert bleiben. Als leben Arbeit geliefert. Es steckt ein
verständlich der Gefahr ausgesetzt. und ein feines Verständnis für
Recht marschiert ja mit grossen S formuliert er die zu lösende
schade gewesen, wenn sich niema nicht in der Bekämpfung der
dieses guten Buches zu verlängern Fortschritt zu suchen. Diese
Unternehmen ein grosses Verdie der Differenzierung der Rechts-
Art, wie er es ausgeführt hat. gelingt, juristisch Ungleichartiges

Wer selber Bücher schreibt scherer lässt sich zu präzisen all-
sich vorstellen, wie schwierig ja doch ankommt." Es ist voll-
den erforderlichen Aenderunge rechtlichen Terminologie steht
geber seinerseits ein Mann sich gerade die zu fordernde
so einfach hinzunehmen, was Verdienst das klar erkannt und in
daran hält, seine Meinung
schenswertesten Deutlichkei darüber kann man ja wie gesagt
doppelt hoch anzurechnen gleich vorweg nehmen, dass er
sagen: so dezent gemacht den hat. Dazwischen hat er aber

Was hat man scho mich vorgebracht. S. 54 Note 11
gaben! Was ist aus Zac licher Unterschied" nicht besteht
Kirchenrecht geworden folgung eines rechtssatzmässigen
Zusätzen und Gegenzu Verpönung. Ich möchte auch in der

5 schlägt er statt des
Zwang“ den Ausdruck
cht hat, wenn er meint,
Und so noch einiges.
olizei glaubt Verf. im An-
mit der innern Verwaltung
fe, nicht juristische Begriff“
ja richtig, dass „innere Ver-
ter gibt, was man früher unter
amtlichen Ausdrucksweise klingt
ber unsere Aufgabe ist doch, da
hineinzufahren. Die Praxis, deren
cht verkenne, wird sich in diesen
gen. Ich kann wirklich kein juristi-
ie Strassenbeleuchtung zur Polizei be-
richtung einer gemeindlichen Wasser-
mir eine recht gewundene Konstruktion
atur der Pflichten der Zwangsfeuerwehr
ichtleistung von Gemeindediensten“ polizei-
r (S. 24 Note 11).

hätte ich gern etwas strenger abgegrenzt ge-
für einen Verwaltungsakt (S. 52), kennzeichnet
eidung, Urteil, vollziehende Verfügung (S. 79,
drei Dinge unter sich sehr verschieden zu sein
können sie ebensogut Befehle vorstellen als Er-
en u. s. w. Das meint wohl auch der Verf.; er
Missverständnissen aus. Kein Gewinn ist es jeden-
52 Note 6) ablehnt, den Begriff Verwaltungsakt mit
itliche Verwaltungshandlungen zu beschränken.
lingende Wort, wenn man mit Verwaltungshandlung
sagen kann? Dass es nachgebildet ist dem französischen
und dass dieser den acte d'autorité in der Verwaltung
Tatsache. Tatsache ist auch, dass man in der deutschen
as Wort übernommen hat, bevor man sich klar war, was
edeutete; da musste es diese zwecklose Verschwommenheit
amit sollte aber doch nicht gesagt sein, dass man nun für
gebunden sei. Gelingt es nicht, dem Wort den bestimmten
erwaltungsanordnung für den Einzelfall vorzubehalten, dann
afür, es als ein unnützes Spielzeug aus der wissenschaftlichen
nzlich herauszuwerfen. Vielleicht liesse es sich durch das Wort
g ersetzen. Freilich bezeichnet das jetzt einen Gegensatz zur
dung, wenigstens wird es ja vielfach so gebraucht, also eine Unter-
obrigkeitlichen Einzelaktes. Man hätte also Verfügung im engeren

wieder von ihm besorgten, siebenten Auflage zu kürzen oder wegzulassen.

Otto Mayer.

Dr. Richard Thoma, Privatdozent für öffentliches Recht an der Universität Freiburg i. Br.: Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage. Erster Teil; XII und 475 S. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1906.

Ein breit angelegtes Werk! Verf. geht von der ganz richtigen Erwägung aus, „dass ein solider Fortschritt in dem weiten und schwierigen Felde der Verwaltungsrechtswissenschaft durch nichts besser vermittelt werden könne, als durch eine sorgfältige Erforschung jedes einzelnen Partikularrechts". Das hochentwickelte badische Verwaltungsrecht dürfte hiefür von vorneherein sich besonders gut eignen. Verf. greift daraus den engen Begriff des Polizeibefehls, um ihn sehr gründlicher Behandlung zu unterziehen. Es liegt hier zunächst nur der erste Teil der Arbeit vor. Er enthält die Lehre von der Polizeigewalt, von Geschichte, Organisation und System der badischen Polizeiverwaltung und von Erlassung und Aufhebung der Polizeiverordnungen. Der zweite Teil soll dann noch bringen: das Polizeiverfügungsrecht, den möglichen Inhalt der Polizeibefehle und die dazu gehörigen Rechtskontrollen.

Im einzelnen mag man nun dem Verfasser zustimmen oder nicht, im ganzen hat er zweifellos eine sehr tüchtige Arbeit geliefert. Es steckt ein vortrefflicher wissenschaftlicher Geist darin und ein feines Verständnis für das, worauf es ankommt. Gleich im Eingang formuliert er die zu lösende Aufgabe sehr hübsch. „In der Fortbildung, nicht in der Bekämpfung der nun einmal eingebürgerten Begriffe ist der Fortschritt zu suchen. Diese Fortbildung muss von der Tendenz wachsender Differenzierung der Rechtsbegriffe beherrscht sein. Je mehr es gelingt, juristisch Ungleichartiges auch terminologisch zu trennen, desto sicherer lässt sich zu präzisen allgemeinen Sätzen vorschreiten, auf die es ja doch ankommt." Es ist vollkommen richtig: die Frage der verwaltungsrechtlichen Terminologie steht zur Zeit im Vordergrund; an sie knüpft sich gerade die zu fordernde Differenzierung der Begriffe. Es ist ein Verdienst das klar erkannt und in dieser Richtung gearbeitet zu haben.

Wie er das nun im einzelnen macht, darüber kann man ja wie gesagt, verschiedener Meinung sein. Ich möchte gleich vorweg nehmen, dass er mich vielleicht hie und da missverstanden hat. Dazwischen hat er aber auch anerkennenswerte Bedenken gegen mich vorgebracht. S. 54 Note 11 bemerkt er mit Recht, dass ein „sachlicher Unterschied" nicht besteht zwischen der Strafsetzung auf Nichtbefolgung eines rechtssatzmässigen Polizeibefehls und der unmittelbaren Verpönung. Ich möchte auch in der

Tat nur einen formellen Unterschied behaupten. S. 95 schlägt er statt des von mir gebrauchten Ausdruckes „unmittelbarer Zwang" den Ausdruck „sofortiger Zwang" vor. Mir scheint, dass er Recht hat, wenn er meint, dass dadurch Missverständnisse verhütet würden. Und so noch einiges.

Nun aber Wichtigeres! Den Begriff der Polizei glaubt Verf. im Anschluss an ROSIN durch den Zusammenhang mit der innern Verwaltung bestimmen zu sollen (S. 6). Dieser „unscharfe, nicht juristische Begriff" gefällt ihm selbst nicht ganz (S. 4). Es ist ja richtig, dass „innere Verwaltung" heutzutage noch am besten wieder gibt, was man früher unter Polizei verstand; in der gesetzlichen und amtlichen Ausdrucksweise klingt das natürlich noch manchfach nach. Aber unsere Aufgabe ist doch, da mit der Schärfe des juristischen Begriffes hineinzufahren. Die Praxis, deren ungemeine Wichtigkeit ich gewiss nicht verkenne, wird sich in diesen terminologischen Dingen allmählich fügen. Ich kann wirklich kein juristisches Merkmal erkennen, das z. B. die Strassenbeleuchtung zur Polizei bestimmte (S. 156, 157), oder die Einrichtung einer gemeindlichen Wasserleitung (S. 161). Auch scheint es mir eine recht gewundene Konstruktion zu sein, wenn die polizeiliche Natur der Pflichten der Zwangsfeuerwehr damit erläutert wird, dass die „Nichtleistung von Gemeindediensten" polizeilich „verboten" ist und strafbar (S. 24 Note 11).

Auch den Polizeibefehl hätte ich gern etwas strenger abgegrenzt gesehen. Der Verf. erklärt ihn für einen Verwaltungsakt (S. 52), kennzeichnet ihn dann auch als Entscheidung, Urteil, vollziehende Verfügung (S. 79, S. 81). Mir scheinen diese drei Dinge unter sich sehr verschieden zu sein und ihrem Inhalt nach können sie ebensogut Befehle vorstellen als Erlaubnisse, Lastauflegungen u. s. w. Das meint wohl auch der Verf.; er setzt sich aber doch Missverständnissen aus. Kein Gewinn ist es jedenfalls, dass er es (S. 52 Note 6) ablehnt, den Begriff Verwaltungsakt mit mir auf obrigkeitliche Verwaltungshandlungen zu beschränken. Wozu das scharf klingende Wort, wenn man mit Verwaltungshandlung ganz das nämliche sagen kann? Dass es nachgebildet ist dem französischen acte administratif und dass dieser den acte d'autorité in der Verwaltung bezeichnet, ist ja Tatsache. Tatsache ist auch, dass man in der deutschen Rechtssprache das Wort übernommen hat, bevor man sich klar war, was es eigentlich bedeutete; da musste es diese zwecklose Verschwommenheit annehmen. Damit sollte aber doch nicht gesagt sein, dass man nun für immer daran gebunden sei. Gelingt es nicht, dem Wort den bestimmten Sinn der Verwaltungsanordnung für den Einzelfall vorzubehalten, dann wäre ich dafür, es als ein unnützes Spielzeug aus der wissenschaftlichen Sprache gänzlich herauszuwerfen. Vielleicht liesse es sich durch das Wort Verfügung ersetzen. Freilich bezeichnet das jetzt einen Gegensatz zur Entscheidung, wenigstens wird es ja vielfach so gebraucht, also eine Unterart des obrigkeitlichen Einzelaktes. Man hätte also Verfügung im engeren

und im weiteren Sinn zu unterscheiden. Schön wäre das auch nicht. Bis auf weiteres d. h. bis etwas besseres gefunden wird und durchdringt, bleibe ich bei meinem Wort Verwaltungsakt in der bestimmten Bedeutung. Mich dünkt, dass dem Verf. die Beseitigung dieser Bestimmtheit eher nachteilig gewesen ist. Er sieht sich jetzt genötigt, wo er deutlich sein will von „obrigkeitlichem Verwaltungsakt“ zu sprechen (S. 79). Andererseits gleiten seine Gedanken auf der Bahn: Befehl — Verwaltungsakt — Verwaltungshandlung gar zu leicht zu der Annahme eines Befehles, wo eine einfache „Verwaltungshandlung“, ein Wunsch, eine Aufforderung, eine Ankündigung vorliegt. Dies scheint mir z. B. der Fall zu sein S. 95 Note 15. Verf. bestreitet hier, dass es sofortiger Zwang sei, wenn nach Viehseuchenges. § 24, Reblausges. § 2, Nahrungsmittelges. § 2 u. 9 vorgegangen wird. Er stellt sich das so vor, dass zunächst ein Befehl ergeht, „der Untertan müsse sein Tier töten, seine Rebstöcke vernichten lassen, dem Polizeibeamten Warenproben verabreichen“, und dass die polizeiliche Zwangsvollstreckung dieses Befehles erst stattfinde, wenn „ein zur Ergreifung von Rechtsmitteln ausreichender Zeitraum“ gewährt war. „Es ist sogar ganz unwahrscheinlich, dass der Gendarmeriewachtmeister sich die verweigerte Warenprobe sofort mit Gewalt verschafft.“ Ich fürchte, der Verf. kennt die Gendarmeriewachtmeister schlecht. Aber vor allem liegt in all diesen Fällen gar kein Befehl vor, der im Falle des Ungehorsams erzwungen würde. Der Viehbesitzer soll nicht selbst töten, der Weinbergbesitzer die Reben nicht selbst vernichten; sie sollen nur dulden, dass das gemacht werde, und das versteht sich von selbst, wenn das Gesetz sagt, dass es gemacht werden könne. Hier ist nichts zu befehlen. Auch der „Gendarmeriewachtmeister“ befiehlt nichts; er hat nichts zu befehlen; er ist keine Behörde und kann keine Verwaltungsakte erlassen. Er sagt nur: geben Sie mir von der Ware, sonst nehme ich mir selbst. Er droht, höflich, wie wir hoffen: immer ist seine Drohung eine Verwaltungshandlung, ja, aber kein Verwaltungsakt in unserem Sinne.

Viel wäre noch zu sagen über den eigentümlichen Begriff der „Allgemeinverfügung“, den Verfasser einschieben will zwischen Verordnung und Einzelakt (S. 65, 201, 234 ff., 250, 274, 375). Er meint damit nicht die sogenannte „Generalverfügung“, von der man bei besonderen Gewaltverhältnissen spricht (Dienstanweisung z. B.); sondern eine polizeiliche Anordnung soll es sein die allgemein, aber nur für bestimmte Zeit oder aus einem bestimmten Anlass ergeht. Meines Erachtens sind das durchweg gewöhnliche Polizeiverordnungen mit Rechtssatzinhalt. Der Differenzierungsversuch wäre also nicht nötig. Wie sich aus den eignen Ausführungen des Verf. ergibt hat er auch gar keinen praktischen Wert; die „Allgemeinverfügungen“ werden ja doch wie Verordnungen behandelt.

Eigenartig sind die Ausführungen des Verf. über das „Uebergangsrecht“ (S. 112 ff.). Nach Einführung der Verfassung soll zunächst der Rechtssatz

gelten, dass alles was bisher an Eingriffen in Freiheit und Eigentum geschehen konnte, auch fernerhin zulässig sei, bis die erforderliche gesetzmässige Regelung erfolgt ist. Wenn dieser Rechtssatz lediglich auf den „Geist“ der Verfassung gegründet werden soll (S. 113), so scheint mir dieser Boden wenig tragfähig. Bisher hat man sich ja damit geholfen, dass man irgend welche ältere Anordnung als Gesetz im verfassungsrechtlichen Sinn gelten liess.

Die Ortspolizei gehört nach dem Verf. zum eignen Wirkungskreis der Gemeinde; die Gemeinde hat ein „Recht auf Ortspolizeiverwaltung“, wenigstens in Süddeutschland (S. 145). Dieses Recht hat allerdings „geringe praktische Folgen“. S. 232 Note 15 a. E. hebt Verf. selbst hervor, dass die Ermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen nicht der Gemeinde, sondern gewissen „Gemeindeorganen“ erteilt ist. Das Recht der Gemeinde würde nur darin bestehen, dass die Ortspolizei ihren Beamten übertragen werden soll. Sie kann ihnen allerdings auch entzogen werden, wenn die Regierung es für erforderlich hält. Unter diesen Umständen sieht das alles doch eher aus wie eine Last, als wie ein Recht. Entscheidend dürfte wohl sein, dass die Ortspolizei vom Staate nicht im Wege der Gemeindeaufsichtsgewalt beherrscht wird, sondern in den Formen der gewöhnlichen Unterordnungsverhältnisse der allgemeinen Staatsverwaltung. —

So gibt dieses Buch sehr viel Anlass zur Diskussion. Das ist keineswegs ein Vorwurf. Ich möchte im Gegenteile nochmals aussprechen, dass ich es, alles in allem, als eine recht erfreuliche Leistung ansehen muss.

Otto Mayer.

Oskar von Arnstedt, Wirkl. Geheimer Oberregierungsrat, Regierungs-Präsident a. D., Das Preussische Polizeirecht, Band I. Berlin 1905, Carl Heymanns Verlag, XIV und 622 S.

Das Werk wird das zweite Stück bilden der in diesem Verlage erscheinenden „Handbücher des Preussischen Verwaltungsrechts“. Der Titel enthält noch den erläuternden Zusatz: „unter Benutzung der Entscheidungen von Verwaltungs- sowie Gerichtsbehörden zum Handgebrauch für Behörden, Rechtsanwälte und Beamte der Selbstverwaltung herausgegeben“. Im Vorwort wird das nochmals betont. Was der Verf. geben will, ist „eine systematische Behandlung der Polizei für den praktischen Gebrauch“. Im Interesse der praktischen Brauchbarkeit hat er „seine eigne Auffassung zurücktreten lassen und sich meist mit der Wiedergabe der von autoritativer Seite ergangenen Entscheidungen begnügt“.

Damit ist der Massstab bezeichnet, mit welchem das Buch gemessen sein will. Auf die Benutzung der vorhandenen Literatur legt es geringen Wert. Rosin findet sich verhältnismässig am häufigsten zitiert, dieses allerdings auch mit viererlei Bezeichnungsart (vgl. S. 5, S. 42, S. 383, S. 389).

Die grosse Rolle spielen die Erkenntnisse des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, sie liefern hauptsächlich den Stoff. Da das allerdings eine höchst autoritative Stelle ist, so ist das Unternehmen entschieden zu begrüssen. Wenn es dem Verf. gelungen ist, die in diesen Entscheidungen enthaltenen Schätze zu heben und leichter zugänglich zu machen, so hat er sich ein Verdienst erworben.

Die praktische Erprobung muss zeigen, inwieweit das der Fall ist. Der erste Eindruck, den man vom Durchlesen hat, wird da nicht massgebend sein. Der Verf. versteht unter „systematischer Behandlung" wesentlich nur den Gegensatz zum Kommentar. Ein eigentliches System mit grossen beherrschenden Gedanken wird man nicht verlangen dürfen. Dass man das, was man gerade braucht, immer leicht auffinde, das ist es, was die Anordnung des Stoffes hier zu leisten hat, nicht mehr. Ich muss allerdings gestehen, dass mir die Zweckmässigkeit und Uebersichtlichkeit der Anordnung manchmal zweifelhaft geworden ist.

So erhalten wir S. 53 ff. eine Auseinandersetzung über „die zur Befolgung der polizeilichen Auflagen verpflichteten Persönlichkeiten". Dabei wird ausgeführt, dass die Polizei sich schlechthin an den „Urheber polizeiwidriger Zustände" halten kann. Ob die Sache, die er in den polizeiwidrigen Zustand versetzt hat, in seinem Eigentum oder in dem eines Dritten stand, ist hiefür gleichgültig (S. 55). Ganz weit hinten kommt dann ein Abschnitt: „Die Polizei in ihren Beziehungen zum Grundeigentum" (S. 438 ff.). Da wird dann dargetan, dass der Eigentümer verantwortlich ist, gleichviel wer die Polizeiwidrigkeit herbeigeführt hat (S. 447). Es ist gewiss nicht zweckmässig, diese Dinge so auseinander zu reissen.

Unter der Ueberschrift des Abschnitt IV: „Polizeiliche Zwangsbefugnisse" finden wir S. 103 ff. auch aufgeführt die „Zwangsetatisierung" (§ 27). Später, S. 352 ff., kommt dann unter der Ueberschrift des Abschnitt VIII: „Von den Polizeikosten" noch einmal die Zwangsetatisierung für die nämlichen Dinge, jetzt aber als Sache der Kommunalaufsichtsbehörde (S. 357), also nicht mehr Polizeizwang.

Die Neigung Dinge hereinzuziehen, die gar nicht polizeirechtlicher Natur sind macht sich auch sonst noch geltend. Was soll uns S. 79 unter „Polizeiliche Zwangsbefugnisse" die Notiz: „In betreff der Einziehung der Gemeindeabgaben und sonstiger Gefälle sind besondere Vorschriften ergangen"? Was geht es das Polizeirecht an, dass gegen Stadtverordneten-Vorsteher von Aufsichtswegen Exekutivstrafen angedroht werden können (S. 85, 86)? Ist die Erzwingung von „Arbeiten, welche eine Wegebesserung bezwecken" (S. 87) nach des Verf. eigner Begriffsbestimmung noch Polizei? Gar nichts von Polizeirecht kann ich darin finden, dass der Schutzmann, wenn er dienstlich vor Gericht erscheint, den Helm aufbehält, wenn er als Partei erscheint ihn abnimmt (S. 211), dass der Minister ihm vorgeschrieben hat, im Dienste möglichst viel den Helm zu tragen (S. 239), dass der Gen-

darm bei Meldungen an Zivilvorgesetzte vom Pferde nicht absitzt (S. 314) Dass die Landespolizeibehörde auf Grund des § 10 II 17 ALR. „behufs Erhaltung der öffentlichen Ordnung" die richtige Schreibweise aller Ortsnamen befehlen kann (S. 217), eröffnet zwar tröstliche Aussichten darauf, dass auch unsere ganze zerfahrene deutsche Rechtschreibung von diesen Polizeibehörden einmal in Ordnung gebracht werde; aber als Polizei wird diese Kulturaufgabe doch kaum aufzufassen sein. Wenn S. 335 berichtet wird, dass „Eisenbahngesellschaften" für alle Schäden, welche bei der Beförderung auf der Bahn an Personen und Sachen entstehen, zu haften haben, so wäre doch nicht zu vergessen gewesen, dass dieses nach feststehender Rechtsprechung auch für die viel wichtigeren Staatsbahnen gilt. Polizeirecht ist diese zivilrechtliche Ordnung weder im einen Falle noch im andern.

Der Praktiker, auf welchen das Buch berechnet ist, wird zum Glück diese Detonierungen nicht so lebhaft empfinden wie unser einer. Vielleicht ist es auch allzugrosse Empfindlichkeit von meiner Seite, wenn ich häufig stutzen muss, wo der Verf. allgemeinere Rechtsgedanken entwickelt. Nur die massgebenden Wortlaute zusammenstellen und die eigne Auffassung zurücktreten lassen, ist ja ein mögliches Prinzip. Aber eine Lehre vom Gesetz, wie die S. 3—5, ist doch ein gar zu seltsames Mosaik: ALR. Einl. § 21; altdeutsches Rechtssprichwort; RVerf. Art. 2; ALR. Einl. § 22, § 34, § 36; II, 13 § 6; BGB. § 133 (absolut nicht hierher gehörig!) RG. 9. April 1888; RG. 6. Nov. 1880; ALR. Einl. § 54, § 59; Rosin Pol.Verord.R. S. 270 — das liefert nach einander den Text, eigne dicta sind kaum dazwischen.

Dann diese Begriffsbestimmungen, wie z. B. S. 30 der Fiskus erläutert wird! Er ist rasch hintereinander: 1) der Staat in seinen auf privatrechtlichem Gebiete liegenden Vermögensverhältnissen; 2) die moralische Person des Staats; 3) d. h. die Staatsgewalt als Subjekt von Rechten verstanden; 4) der Inbegriff des gesamten Vermögens des Staates, als welcher er nur eine juristische Person bildet; 5) S. 333 ist er auch noch eine Korporation („der Fiskus oder sonstige Korporationen").

Ein merkwürdiges Kapitel findet sich noch S. 504 unter der Ueberschrift: „Auslieferung von Staatsangehörigen". Es beginnt: „die Auslieferung von Staatsangehörigen findet nur bei bestimmten strafbaren Handlungen statt". Dann heisst es allerdings: „die Regel enthält § 9 StGB., welcher bestimmt, dass ein Deutscher nicht ausgeliefert werden darf". Von dieser Regel gibt es aber doch keine Ausnahme! Also unsere Staatsangehörigen werden überhaupt nicht ausgeliefert. Soll es heissen: Staatsgehörige des Staates, der die Auslieferung begehrt? Aber dem liefern wir ja vertragsmässig auch fremde Staatsangehörige aus, die er bestrafen will, und solche die gar keinem Staat angehören. Hat der Verf. vielleicht sagen wollen: „Auslieferung von Nicht-Staatsangehörigen" d. h. solchen,

die unserem Staat nicht angehören? Das hätte einen Sinn, aber es wäre doch sehr wenig deutlich zum Ausdruck gekommen.

Die Ausstellungen, welche wir hier machen mussten, bedeuten ja allerdings keine Dinge, welche dem praktischen Erfolge des Buches im Wege stehen würden, welchen es um seiner sonstigen Eigenschaften willen verdienen mag, und der ihm gewiss zu vergönnen ist.

Otto Mayer.

Kleefeld, Dr. Kurt, Die Theaterzensur in Preussen. Berlin 1905. Struppe & Winkler.

Die Anwendung der staatlichen Massregeln, die man gemeinhin unter der Bezeichnung „Theaterzensur" zusammenfasst, gehört zu den Dingen, die stets die öffentliche Meinung in hohem Grade zu erregen geeignet sind. Erörterungen, die sich an den einzelnen Anwendungsfall anschliessen, bleiben, von Ausnahmen abgesehen, infolgedessen meist wenig sachlich, und tragen zur Klärung der Lage nichts bei. Umsomehr wird man das von Arbeiten, wie der vorliegenden, erwarten können, die in ruhigen Zeiten und ohne Rücksicht auf politische Gesichtspunkte an den Stoff herangehen und eine Lösung der nicht ganz einfachen Frage versuchen, ob und wieweit in Preussen eine Theater*zensur* im Rechtssinne tatsächlich besteht.

Seine Untersuchung hierüber leitet der Verf. mit einem Kapitel über die natürliche Rechtfertigung der Theaterzensur ein, die er zutreffend darin findet, dass eben die Darstellung im Theater die höchste Steigerung bedeutet, die eine Aeusserung von Gedanken ihrer Wirkung nach zu erfahren vermag. Die Gefahr, die aus solcher Einwirkung, namentlich auf die Masse, unter Umständen entstehen kann, bedarf besonderer Beachtung; dazu kommt, dass die vorwiegend gewerbliche Natur der heutigen Theaterunternehmen sie mit den öffentlichen Interessen, denen das Theater dienen soll, aus naheliegenden Gründen vielfach in Widerstreit bringt. Diese Gründe rechtfertigen nach Ansicht des Verf. die Theaterzensur, und man kann ihm hierin ohne weiteres beistimmen.

Den Begriff der Th. umgrenzt der Verf. zunächst nicht; wenigstens wird man seine aus der historischen Entwickelung entnommene Definition — „willkürlich zu handhabende Ausnahmebestimmungen, welche sich mit präventivem Charakter gegen eine gewisse Art geistiger Erzeugnisse richten" — nicht ohne erhebliche Einschränkung für die heutige Zeit gelten lassen können. Er schliesst vielmehr an das erste Kapitel gleich die Erörterung über die rechtlichen Grundlagen der Th. an; diese Anordnung erscheint nicht sehr zweckmässig, denn die Folge davon ist, dass man sich in die Abhandlung hineinliest, ohne zu wissen, was der Verf. unter der Th., deren natürliche und rechtliche Grundlagen er aufsucht, eigentlich verstanden

wissen will. Erst am Beginne des dritten Kapitels über Handhabung und Grenzen der Th. erfährt der Leser darüber etwas. Für den Verf. hat das weiter den Nachteil, dass er die Theaterzensur auf den bekannten § 10, II. 17 ALR. gründet, weil er den Begriff nicht genau festgestellt hat, und ihn infolgedessen zu weit fasst. Richtig ist, dass weder die preussische Verfassung, noch die Reichsverfassung, noch auch die Gewerbeordnung oder das Reichspressgesetz der Th. rechtlich entgegenstehen — die Ausführungen des Verf. sind hier durchaus stichhaltig —, unzutreffend aber, dass sich die Th., soweit sie in Preussen gehandhabt wird, auf die vorerwähnte Bestimmung des Allgemeinen Landrechts stützt. Hier hätte Verf. den Begriff erst genau umgrenzen müssen; er wäre dann wahrscheinlich auch zu einem anderen Resultat gelangt. Wenn z. B. der Polizei-Präsident von Magdeburg auf Grund des § 10, II. 17 ALR. die Aufführung eines Theaterstückes untersagt, weil ihm bekannt ist, dass es sich gegen die bestehende Staatsordnung richtet, wenn er das Weiterspielen eines solchen Stückes verhindert, oder verbietet, dass ein Stück, dessen Gemeingefährlichkeit sich bei seiner ersten Aufführung herausgestellt hat, nochmals aufgeführt wird, so ist das nicht Theaterzensur, sondern ein allgemeines polizeiliches Vorgehen im Staatsinteresse, das sich dann allerdings juristisch auf den § 10, II. 17 gründet, das aber keineswegs sich aus der Eigentümlichkeit des Theaterbetriebes ergibt, sondern bei jeder anderen Gelegenheit ebenfalls anwendbar ist, die ein polizeiliches Einschreiten im öffentlichen Interesse erfordert (z. B. Reden in Versammlungen, öffentliche Vorträge u. s. w.). Wenn der Verf. bei seiner Untersuchung über die Rechtsgrundlagen der Th. zu dem Resultat kommt, „dass im Rahmen des § 10, II. 17 ALR. wie gegen jedes menschliche Tun und Lassen auch gegen theatralische Aufführungen polizeiliche Massnahmen rechtlich begründet sind“, so ist das richtig, trifft aber nach keiner Richtung hin den Kern der Sache, denn das Charakteristische an der Theaterzensur ist eben, dass sie auf die Eigenart des Theaters zugeschnitten und im übrigen eben nicht „gegen jedes menschliche Tun und Lassen“ anwendbar ist (Presszensur!). Unter Theaterzensur kann rechtlich nur die Anordnung verstanden werden, die den Theaterdirektor zwingt, vor der Aufführung jedes neuen Stückes den Text desselben der zuständigen Behörde vorzulegen und ihre Erlaubnis zur Aufführung einzuholen, die dann aus gesetzlich festgelegten Gründen versagt oder unter bestimmten Bedingungen — Streichung oder Abänderung einzelner Stellen; auch das Verbot gewisser vom Autor vorgeschriebener Masken könnte hierher gehören — oder auch ohne Einschränkung erteilt werden kann. Nur eine derartige Vorschrift schafft für die Polizei die sonst hier nicht gegebene Möglichkeit, vor der Aufführung des Stückes seinen Inhalt prüfen und seine Wirkung beurteilen, und so präventiv einer Störung der öffentlichen Ordnung entsprechend begegnen zu können.

In dem dritten Kapitel seiner Abhandlung über Handhaben und Gren-

zen der Th. kommt der Verf. schliesslich etwa zu dem gleichen Resultat, wenn er als Inhalt der Th. den Satz aufstellt, dass keine öffentliche Theatervorstellung ohne vorherige polizeiliche von der Erfüllung gewisser festbestimmter Bedingungen abhängige Erlaubnis stattfinden dürfe, und dass hiernach die Th. wesentlich zur Sphäre der präventiven Polizei gehöre. Durchaus unrichtig ist es aber, wenn Verf. auch die hierfür erforderlichen Anordnungen, seien es solche genereller oder spezieller Art, auf den § 10, II. 17 ALR. gründen will. Ein Vorgehen der Polizei, das sich auf § 10, II. 17 gründet, ist nicht Theaterzensur im Rechtssinne, und Anordnungen, die sich als Theaterzensur darstellen, lassen sich nicht auf § 10, II. 17 stützen. Mit dem Begriff der „Abwendung der bevorstehenden Gefahr", den Verf. dazu heranzieht, ist hier nicht weiterzukommen, und das in Preussen umsoweniger, nachdem das preussische Oberverwaltungsgericht nach dieser Richtung hin der Praxis doch recht enge Grenzen gezogen hat; ich komme in dieser Hinsicht gerade zu dem entgegengesetzten Resultat, wie der Verf. (S. 42 f.). Jedenfalls lässt sich einem Theaterdirektor gegenüber, der ein neues Stück bis zur Aufführung so geheim hält, dass es nicht möglich ist, etwas über den Inhalt zu erfahren — der Fall wäre schliesslich nicht undenkbar — eine Zwangsverfügung auf Herausgabe des Textbuches niemals auf § 10, II. 17 ALR. gründen, da man in diesem Falle eben für die Voraussetzungen, die diese Vorschrift fordert, unter Umständen keinerlei Anhaltspunkte hat. Das Wesentliche aber an der Th. ist, dass dem Direktor ein solches Verheimlichen des Inhalts unmöglich gemacht wird, dass er vor der Aufführung Farbe bekennen muss; die Behörde zensiert das Stück dann vor der Aufführung und trifft danach ihre Anordnungen. Nur hierin liegt das eigentliche Wesen der Th., und diesen Punkt übersieht der Verf. Eine solche Zensur kann aber, wie schon erwähnt, nicht auf Grund des § 10, II. 17 ALR. geübt werden, sondern hat andere Rechtsgrundlagen, die klar hervorzuheben dem Verf. nicht gelungen ist. Die juristische Grundlage für die Th. liegt nicht in der Exekutivbestimmung des § 10, II. 17, sondern in der Vorschrift des § 6 d des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 (G. S. 265), wonach die Erhaltung von „Ordnung und Gesetzlichkeit bei dem öffentlichen Zusammensein einer grösseren Anzahl von Personen" zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften gehört. Eine eigentliche Th. kann mithin nur durch eine Polizeiverordnung auf Grund der angezogenen Gesetzesbestimmung geschaffen werden; ohne die entsprechende Polizeiverordnung ist eine Handhabung der Th. in dem hier festgestellten Sinne unmöglich. Auch die bekannte Berliner Polizeiverordnung vom 10. Juli 1851, die Verf. als „typisch" heranzieht, ruht ausschliesslich auf dieser Grundlage, wie sich das aus ihrer Einleitung überdies mit aller Deutlichkeit ergibt.

Aus der Feststellung, dass die Th. als ihrer Rechtsgrundlage einer hierfür

erlassenen Polizeiverordnung bedarf, folgt weiter die eigenartige und im ganzen wenig bekannte Tatsache, dass es in Preussen im allgemeinen ausser in Berlin eine eigentliche Th. nicht gib da (meines Wissens) nur dort die erforderliche Polizeiverordnung erlassen ist. Dass man übrigens dieser Einrichtung in grösserem Umfange kaum bedarf, kann man nach den bisherigen Erfahrungen wohl behaupten.

Mit den Grenzen, die der Verf. der Ausübung der Th. gesteckt wissen will, wird man sich in der Hauptsache einverstanden erklären können. Dass die Handhabung so einschneidender Massregeln nicht willkürlich sein darf, sondern nach dem Gesetz und unter geordneter Verwaltungskontrolle erfolgen muss, bedurfte für den Rechtsstaat, in dem wir leben, m. E. nicht der Hervorhebung, die Verf. diesem Gesichtspunkte mehrfach zu Teil werden lässt. Auch hier muss jedoch noch gegen die Ansicht des Verf. bemerkt werden, dass für die Anforderungen, die an das einzelne Theaterstück gestellt werden müssen, nicht „die Grenzen des § 10, II. 17“ massgebend sind, sondern die Vorschriften der hierfür erlassenen Polizeiverordnung, soweit nicht etwa strafrechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen.

Leider finden sich in der sonst anregend geschriebenen Abhandlung verschiedene Stellen, deren Deutsch die Annehmlichkeit des Lesens recht erheblich beeinträchtigt. Vielleicht geben diese Zeilen dem Verf. Anregung zu etwas sorgfältigerer Durchsicht späterer Aufsätze; Ausdrücke, wie „stattgehabte Zulassung“ (S. 12), „massgebliches Ergebnis“ (S. 17) oder gar „Einschreitungshandhaben“ (S. 61) sollten in wissenschaftlichen Arbeiten besser vermieden werden.

Posen. Dr. Albert Zorn.

Dr. Max Kulisch, System des österreichischen Gewerberechtes (mit Berücksichtigung des neuesten Regierungsentwurfes) I Band, Innsbruck, Wagner, 1905; S. VIII u. 270.

Nachdem das österreichische Gewerberecht wiederholt kommentatorische Bearbeitung gefunden hatte, liegt in dem jüngst erschienenen Werke des nunmehrigen Innsbrucker Professors Dr. Kulisch zum erstenmale, abgesehen von dem sehr schätzbaren Grundrisse Matajas, der Versuch einer umfassenden systematischen Behandlung des gesamten Gewerberechtes vor. Ein solches Unternehmen wurde schon längst als Bedürfnis empfunden. Denn die Zersplitterung unseres Gewerberechtes durch zahlreiche Novellen zur Gewerbeordnung und zahllose Einzelgesetze entzieht diese Materie stets mehr der kommentatorischen Behandlung, welche allenfalls bei einem in sich geschlossenen Gesetzgebungswerke die systematische ersetzen kann. Anderseits hat die langjährige Anwendung des geltenden

Gewerberechtes in seinen verschiedenen Wandlungen die Begriffe soweit abgeklärt und die gewerbepolitischen Richtungen soweit erkennen lassen, dass eine das Ganze umfassende Darstellung des Entwicklungsganges und die systematische Gruppierung des Rechtsstoffes nunmehr an der Zeit ist.

Von dem auf vier Bände berechneten Werke liegt bisher der erste, gewissermassen einleitende Teil vor, welcher in drei Abschnitten die Grundlagen des Gewerberechtes zur Darstellung bringt. Der erste Abschnitt präzisiert hauptsächlich die Stellung des Gewerbewesens im Rechtssysteme und bietet eine längere Darstellung der geschichtlichen Entwicklung desselben in Oesterreich, während der zweite Abschnitt nebst einer näheren Abgrenzung des Begriffes des Gewerbes im rechtlichen Sinne die Rechtsquellen und die Einteilung der Gewerbe behandelt; der dritte Abschnitt ist bereits einem grösseren materiellen Probleme des Gewerberechtes, nämlich dem Gewerbeantritte und den damit zusammenhängenden Rechtsfragen gewidmet.

Die neueste Arbeit KULISCHS empfiehlt sich gleich seinen früheren Arbeiten sehr vorteilhaft, durch die Klarheit und Leichtigkeit der Diktion. Wenn im folgenden ganz allgemein auf einige Mängel derselben hingewiesen wird, so mag darin keineswegs ein absprechendes Urteil über den Wert des nur zu einem kleinen Teile vorliegenden Werkes erblickt werden, sondern vorzüglich das Bestreben, dem Verfasser für die Fortsetzung seiner Arbeit vielleicht manchen nützlichen Fingerzeig zu bieten. So hätte sich in den allgemeinen Erörterungen der einleitenden Partien etwas mehr Sorgfalt empfohlen, um den Ausführungen grössere Vertiefung zu geben. Es sei z. B. im ersten Abschnitte auf die ungenaue Gegenüberstellung der Gewerberechtsprechung und der Gewerbeverwaltung (S. 13), dann auf die Kennzeichnung der fürsorgenden Tätigkeit im Gewerbewesen als eine ihrem Wesen nach nicht staatliche Funktion hingewiesen (S. 14). Wenig präzise scheint mir die Definition des öffentlichen Rechtes als Regelung von Lebensbeziehungen, welche „ihren mittelbaren Grund darin haben, dass irgend eine Person ein mit Gewalt ausgestatteter Verband ist" (S. 15 f.). Einige Zitate, z. B. im § 1 das Verhältnis zwischen Erwerb und Beruf, dann die Arbeitsteilung betreffend, machen, aus ihrem Zusammenhange gerissen, den Eindruck blosser Phrase. Manche Rechtsdeduktion wird kaum überzeugen, manche sogar berechtigten Widerspruch hervorrufen; ersteres gilt u. a. von den Ausführungen über die Wirkung der Verleihung einer Gewerbekonzession auf die Eigenberechtigung nach Massgabe des § 252 BGB. (S 202 ff.), letzteres von der Unterstellung der Konkurrenz mehrerer Gewerbeberechtigungen in einer Person, dann der Wirkungen des Appalto unter die Einschränkungen der Gewerbefähigkeit (S. 228 ff.). Hier handelt es sich doch um gewerbepolizeiliche Fragen, welche mit der subjektiven Beschaffenheit der ein Gewerberecht anstrebenden Person unmittelbar nichts zu tun

haben; andernfalls müsste dann auch der Bestand eines Patentes als Minderung der Gewerbefähigkeit der übrigen Personen ausser dem Inhaber angesehen werden.

Endlich wäre eine grössere Gleichmässigkeit in der Behandlung des Stoffes erwünscht; neben manchen mit dankenswerter Ausführlichkeit behandelten Partien, z. B. der Geschichte des Gewerbewesens sind andere etwas dürftig ausgefallen; die Gewerbefähigkeit der juristischen Personen ist bloss gestreift, bei der Darstellung des Befähigungsnachweises sind die Bestrebungen unserer neuesten Gewerbepolitik kaum genügend gewürdigt.

Doch diesen Mängeln mehr technischer Natur stehen wesentliche Vorzüge der Arbeit gegenüber und manche Partien sind als überaus gelungen zu betrachten: Neben dem bereits erwähnten historischen Teile, die Darstellung der Abgrenzung der Gewerbe von den gewerbsmässig betriebenen Unternehmungen (§ 9), welche unter genauer Benützung der Literatur und Praxis viele neue Gesichtspunkte bietet. Gleiches gilt von den Ausführungen über die Realgewerbe und über das Appalto, welche auch dem Kenner des österreichischen Gewerberechtes willkommene Belehrung bringen werden. Im Ganzen verspricht die Arbeit KULISCHS, namentlich wenn der Detailausführung etwas mehr Sorgfalt zugewendet wird und auch die modernen Strömungen der Gewerbepolitik grössere Berücksichtigung finden, eine wertvolle Bereicherung der gewerberechtlichen Literatur nicht nur für Oesterreich zu werden.

Wien. Dr. v. Herrnritt.

Dr. Karl Lamp, Privatdozent an der Universität Graz: Das Problem der städtischen Selbstverwaltung nach österreichischem und preussischem Recht, Leipzig Duncker-Humblot, 1905. S. VIII, 168.

Die vorliegende Arbeit ist aus Vorträgen hervorgegangen, welche Verfasser im Grazer Juristenvereine gehalten hat. Dieser Ursprung verrät sich nicht nur in der äussern Form, sondern auch in der Behandlungsart des Stoffes. Verfasser entrollt vor seinen Hörern ein Bild der geschichtlichen Entwicklung und der bisherigen dogmatischen Behandlung des Problems, um dann auf dieser breiten Grundlage seine eigene Anschauung über das Wesen der Selbstverwaltung zu geben. Der Hauptwert der Arbeit beruht demnach auch in der Darstellung der Entwicklung der städtischen Selbstverwaltung und in einer kritischen Analyse der Lehrmeinungen über unsere Frage. In dieser Grenze ist aber die Schrift LAMPS vermöge ihrer Klarheit und Kürze bei genauer Berücksichtigung der Literatur, durch das richtige Herausgreifen des Wesentlichen in der Anschauung der einzelnen Autoren und durch die kritische Sichtung

der Lehrmeinungen allerdings als eine ganz vortreffliche Leistung zu bezeichnen. Verfasser beschränkt seine Darstellung wesentlich auf die beiden in der österreichischen und in der preussischen Verwaltungsorganisation hervortretenden Typen der städtischen Selbstverwaltung; dort beruht dieselbe auf der unklaren Vorstellung einer neben dem Staat bestehenden, mit ursprünglichen Rechten ausgestatteten Persönlichkeit und führt zu einer Spaltung der Verwaltungstätigkeit, hier dagegen erscheint sie als eine Form staatlicher Organisation, als ein gebietskörperschaftliches Glied der einheitlichen Verwaltung.

Auf diese organisationsmässige Seite der Frage legt Verfasser bei der Formulierung seines Selbstverwaltungsbegriffes das Hauptgewicht. Die Selbstverwaltung ist für ihn überhaupt nicht durch materielle Merkmale von der Staatsverwaltung getrennt — bekanntlich der Standpunkt der österreichischen Verwaltungsorganisation, welcher hier so viel Verwirrung gestiftet hat —, sondern sie bildet ein Organisationsprinzip der Verwaltung überhaupt. Es ist nämlich wünschenswert, für gewisse Gattungen von Verwaltungsangelegenheiten manche Eigentümlichkeiten, welche einzelnen pyhsischen Personen als Trägern staatlicher Gewalt anhaften, als Abhängigkeit vom Befehle des vorgesetzten Organs, Unselbständigkeit des Unterorgans, endlich auch häufiger Wechsel desselben zu beseitigen. Dies geschieht nun durch kollektive Persönlichkeiten, welche gegenüber der Staatsverwaltung als sekundäre Organe der öffentlichen Verwaltung erscheinen und die Heranziehung der nächsten Interessenten zu lokalen Aufgaben ermöglichen. Dieser Begriff der Selbstverwaltung, welchem die Organisation der städtischen Verwaltung nach der preussischen Städteordnung vom Jahre 1853 am nächsten steht, wurzelt theoretisch in der Anschauung Gneists, welchem ja die Selbstverwaltung gleichfalls ein Organisationsprinzip der einheitlichen Verwaltung für bestimmte politische Zwecke ist. Der Fortschritt besteht jedoch in der Loslösung dieses Gneistschen Gedankens von dem fremden Elemente des englischen Ehrenbeamtentums und Verbindung mit dem germanischen Genossenschaftsprinzipe; dadurch ist ein Weg geschaffen, um die lebendige Mitwirkung der Volksgenossen an der öffentlichen Verwaltung zu erhalten, ohne durch eine Sonderstellung dieser Organe die Einheit der Verwaltung zu stören.

Die Arbeit Lamps verdient gegenwärtig namentlich in Oesterreich Beachtung, woselbst die von der Regierung geplante Verwaltungsreform die Beseitigung des Dualismus der nebeneinander ohne hinreichende Verbindung wirkenden staatlichen und Kommunalverwaltung anstrebt; sie wird aber auch in Preussen auf sympathisches Interesse rechnen können, schon wegen der Betonung des erziehlichen Wertes der Teilnahme weiter Bevölkerungskreise an öffentlichen Angelegenheiten.

Wien. Dr. v. Herrnritt.

Gegensatz klar zu machen, muss man also vor allem sich fragen, wovon handelt der zweite Satz des Absatz 3, was will der sagen? Dafür haben wir nun ein wertvolles Interpretationsmittel in der sogenannten Reichsverfassung von 1849. Denn es ist bekannt und unbestritten und liegt für jeden, der diese Urkunden vergleicht, auf der Hand, dass sich dieser Art. 54 an die Reichsverfassung von 1849 angeschlossen hat. In der Verfassung von 1849 sind die Schiffahrtsangelegenheiten in zwei besonderen Artikeln sehr ausführlich behandelt; in dem einen Artikel, dem vierten, die Seeschiffahrt, in dem anderen, dem fünften, die Flussschiffahrt. Jeder der beiden Artikel umfasst mehrere Paragraphen; alle diese Anordnungen sind in der Reichsverfassung in einen einzigen Artikel zusammengezogen, von welchem Absatz 3, Satz 2, und Absatz 4 die Abgaben von der Schiffahrt betreffen. Der Schlusssatz des Absatz 3 ist nun mit Ausnahme eines Ausdrucks wörtlich gleichlautend mit dem § 22 der Verfassung von 1849, welcher von der Seeschiffahrt handelt. Dieser Satz des Artikels 54 lautet: „Die Abgaben, welche in den Seehäfen von den Seeschiffen oder deren Ladungen für die Benutzung der Schiffahrtsanstalten erhoben werden, dürfen die zur Unterhaltung und gewöhnlichen Herstellung dieser Anstalten erforderlichen Kosten nicht übersteigen.“ Die einzige Abweichung besteht darin, dass in der Verfassung von 1849 nicht gesagt wird, „in den Seehäfen“, sondern „in den Seeuferstaaten“. Daraus hat nun Peters weitreichende Konsequenzen gezogen und nachzuweisen gesucht, dass das Seewasser nicht anders zu behandeln sei wie das Süsswasser, und dass für das Seewasser dasselbe Prinzip gelten müsse wie für die Binnengewässer. Er legt grosses Gewicht darauf, dass die Abgaben von den Seeschiffen gar nicht immer in den Seehäfen erhoben werden, dass nicht alle Schiffe in einen Seehafen einlaufen, sondern manche am Hafen vorbeifahren; dass andere bei industriellen Etablissements, die zwischen den Häfen und der Flussmündung liegen, anlegen, um zu löschen oder

Ladung aufzunehmen. Da in allen diesen Fällen von den Seeschiffen Abgaben für die Befahrung erhoben werden, die Vorschrift des Absatz 3 also auf die „in den Seehäfen“ erhobenen Abgaben nicht beschränkt sei, so leitet er daraus die Behauptung her, dass ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Absatz 3 und 4 des Art. 54 gar nicht bestehe. Ich glaube nun, dass hier den Worten „in den Seehäfen“ eine zu grosse Bedeutung beigelegt worden ist, und dass dieser Absatz 3 überhaupt falsch verstanden wird. Der Akzent liegt nicht auf den Worten „in den Seehäfen“, sondern auf den Worten „von den Seeschiffen oder deren Ladungen“. Man muss eine Gesetzesbestimmung so auslegen, dass sie einen vernünftigen Sinn hat; der Sinn, der Zweck, der Inhalt dieser Vorschrift ist der, dass die Abgabe bis zu einer gewissen Höhe begrenzt wird. Nun kann es gerechtfertigt erscheinen, dass man die Abgaben von der Seeschiffahrt anders als die von der Flussschiffahrt bestimmt wegen der grossen Ladefähigkeit der Schiffe, ihres grossen Tiefganges, des grossen Kapitals, des grossen Ertrages, der grossen Kosten der zu ihrem Gebrauche erforderlichen Anstalten. Es sind das alles Gründe, welche es begreiflich machen, dass, gleichviel ob mit Recht oder Unrecht, von den Seeschiffen andere oder höhere Abgaben erhoben werden als von den Flussschiffen; dagegen würde es eine sonderbare Marotte sein, wenn sich der Gesetzgeber darauf versteifen würde, dass die Abgaben gerade in den Häfen erhoben werden und nicht in der Mündung oder in der Nähe der Mündung des Flusses. Das hat eigentlich gar keinen vernünftigen Sinn. Man hätte vielleicht die Worte „in den Seehäfen“ ohne grossen Schaden ganz streichen können, aber sie sollen die Worte „in den Seeuferstaaten“, welche das Vorbild des Art. 54 Abs. 3 enthält, ersetzen. Diese Abweichung hat natürlich auch einen guten Grund. Der Grund für diese Abweichung ist ein staatsrechtlicher. Die Verfassung von 1849 wollte die Schiffahrtsanstalten am Meere und in den Mündungen der deutschen Flüsse,

insbesondere auch die Seehäfen, der Oberaufsicht des Reiches unterwerfen, das Reich ermächtigen, diese Anstalten aus Mitteln des Reiches zu vermehren und zu erweitern und die von den Seeuferstaaten zu erhebenden Abgaben für diese Anlagen der Genehmigung der Reichsgewalt unterwerfen. Es sollte ein Reichsgesetz erlassen werden, welches für jeden Fluss bestimmt, wie weit die Mündung zu rechnen ist, um die Zuständigkeitssphäre des Reichs von der des Einzelstaates räumlich abzugrenzen, und deshalb war es nicht überflüssig, in der Verfassung von 1849 zu bestimmen, dass die Abgaben in diesen der Reichskompetenz überwiesenen Gebieten i n, also auch v o n den Seeuferstaaten erhoben werden und nicht vom Reiche. Die Verfassung von 1849 sagt also, diese Abgaben werden an den Strommündungen und an den Schiffahrtsanstalten von den Uferstaaten und für ihre Rechnung erhoben. Da die jetzige Verfassung die Zuständigkeit des Reichs und der Einzelstaaten nach ganz anderen Gesichtspunkten abgrenzt, war kein Grund vorhanden, zu sagen, dass die Abgaben in den Seeuferstaaten erhoben werden; das versteht sich von selbst. Es war also nicht nötig, dieses in die Reichsverfassung hineinzusetzen; das hättte nur den Sinn verdunkelt. Vielmehr ist der Sinn des Absatzes 3: die Abgaben werden von den S e e s c h i f f e n und deren Ladungen erhoben. Das ist das Objekt der Besteuerung, auf welches es ankommt. Der Begriff des Seeschiffes ist an sich klar und verständlich und brauchte nicht den Steuerbehörden durch Instruktionen und Regulative erläutert zu werden. Ein Seeschiff ist nach der Definition des Handelsgesetzbuches (§ 474) ein Schiff, das zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist; Seeschiffe sind solche Schiffe, welche das Meer befahren; wenn sie auch gleichzeitig in die unteren Teile der Ströme und in die ihnen zugänglichen Häfen einlaufen, so hören sie nicht auf, Seeschiffe zu sein. Es kommt auch nicht auf die Schiffstypen, d. h. die Bauart an, sondern es kommt darauf an, ob das Schiff von der See herkommt, oder von einem Hafen in die See

der Lehrmeinungen allerdings als eine ganz vortreffliche Leistung zu bezeichnen. Verfasser beschränkt seine Darstellung wesentlich auf die beiden, in der österreichischen und in der preussischen Verwaltungsorganisation hervortretenden Typen der städtischen Selbstverwaltung; dort beruht dieselbe auf der unklaren Vorstellung einer neben dem Staate bestehenden, mit ursprünglichen Rechten ausgestatteten Persönlichkeit und führt zu einer Spaltung der Verwaltungstätigkeit, hier dagegen erscheint sie als eine Form staatlicher Organisation, als ein gebietskörperschaftliches Glied der einheitlichen Verwaltung.

Auf diese organisationsmässige Seite der Frage legt Verfasser bei der Formulierung seines Selbstverwaltungsbegriffes das Hauptgewicht. Die Selbstverwaltung ist für ihn überhaupt nicht durch materielle Merkmale von der Staatsverwaltung getrennt — bekanntlich der Standpunkt der österreichischen Verwaltungsorganisation, welcher hier so viel Verwirrung gestiftet hat —, sondern sie bildet ein Organisationsprinzip der Verwaltung überhaupt. Es ist nämlich wünschenswert, für gewisse Gattungen von Verwaltungsangelegenheiten manche Eigentümlichkeiten, welche einzelnen pyhsischen Personen als Trägern staatlicher Gewalt anhaften, als Abhängigkeit vom Befehle des vorgesetzten Organs, Unselbständigkeit des Unterorgans, endlich auch häufiger Wechsel desselben, zu beseitigen. Dies geschieht nun durch kollektive Persönlichkeiten, welche gegenüber der Staatsverwaltung als sekundäre Organe der öffentlichen Verwaltung erscheinen und die Heranziehung der nächsten Interessenten zu lokalen Aufgaben ermöglichen. Dieser Begriff der Selbstverwaltung, welchem die Organisation der städtischen Verwaltung nach der preussischen Städteordnung vom Jahre 1853 am nächsten steht, wurzelt theoretisch in der Anschauung Gneists, welchem ja die Selbstverwaltung gleichfalls ein Organisationsprinzip der einheitlichen Verwaltung für bestimmte politische Zwecke ist. Der Fortschritt besteht jedoch in der Loslösung dieses Gneistschen Gedankens von dem fremden Elemente des englischen Ehrenbeamtentums und Verbindung mit dem germanischen Genossenschaftsprinzipe; dadurch ist ein Weg geschaffen, um die lebendige Mitwirkung der Volksgenossen an der öffentlichen Verwaltung zu erhalten, ohne durch eine Sonderstellung dieser Organe die Einheit der Verwaltung zu stören.

Die Arbeit Lamps verdient gegenwärtig namentlich in Oesterreich Beachtung, woselbst die von der Regierung geplante Verwaltungsreform die Beseitigung des Dualismus der nebeneinander ohne hinreichende Verbindung wirkenden staatlichen und Kommunalverwaltung anstrebt; sie wird aber auch in Preussen auf sympathisches Interesse rechnen können, schon wegen der Betonung des erziehlichen Wertes der Teilnahme weiter Bevölkerungskreise an öffentlichen Angelegenheiten.

Wien. Dr. v. Herrnritt.

Dr. Heinrich Rauchberg, Professor an der deutschen Universität in Prag: Der nationale Besitzstand in Böhmen. Leipzig, Duncker-Humblot, 1905. I. Bd. Text S. 1—701; II. Bd. Tabellen; III. Bd. Graphische Anlagen.

Der Kampf der Deutschen und Slaven um den vorherrschenden Einfluss bildet die Kernfrage der österreichischen Politik seit der Zeit, da mit dem Beginne des Verfassungslebens die erwachten Volkskräfte sich mächtiger zu regen begannen. Das Zurückgreifen auf die hinter der absolutistischen Epoche liegenden geschichtlichen Grundlagen der Monarchie führte alsbald zur nationalen Sonderung, welche das Staatswesen um so stärker erschüttern musste, als die Grenzen der nationalen Wohnsitze mit den der administrativen Einteilung zugrunde liegenden Ländergrenzen vielfach nicht übereinstimmen. Die ursprünglich so günstige Position des einheitlichen deutschen Volksstammes gegenüber den slavischen Einzelstämmen ging inzwischen durch Uneinigkeit unter den Deutschen allmählich verloren und es ist kennzeichnend, dass im gegenwärtigen Kampfe um das allgemeine Wahlrecht die annähernd gleiche Stärke des deutschen und des „slavischen" Blocks den deutschen Parteien als eine Gefährdung der politischen Stellung des deutschen Volksstammes in Oesterreich erscheint.

Der Schwerpunkt des Kampfes lag seit jeher in Böhmen, woselbst der kulturell und wirtschaftlich fortgeschrittenste slavische Volksstamm, die Czechen mit 3 930 093 Bewohnern einem zwar numerisch wesentlich geringeren (2 337 013) aber durch den industriellen Aufschwung und durch den Zusammenhang mit den Deutschen des Reiches gekräftigten Teile des deutschen Volksstammes gegenübersteht. Die Eigentümlichkeit der nationalen Kampfesweise innerhalb eines national gemischten Staates besteht darin, dass die einzelnen Volksstämme nicht immer ein von vorneherein bestimmtes, greifbares Ziel verfolgen, sondern durch Kräftigung des nationalen Bestandes die allmähliche Dienstbarmachung der Machtmittel des Staates für ihre Interessen im Auge haben. Die nationale Bewegung ist daher vorzüglich Kulturbewegung. Sie führt zu Eingriffen in den Rechts- und Interessenkreis der anderen Volksstämme; deshalb muss die Regierung zu derselben Stellung nehmen. Das tut sie nach dem Bedürfnisse des Staates und der Bedeutung der Volksmassen. Damit wird das Zahlenverhältnis zu einem wichtigen Elemente der politischen Rechnung; die Zahlen gelten als Forderungstitel und zugleich als Massstab des Erfolges im nationalen Kampfe. Die mächtige Hebung des czechischen Volksstammes auf kulturellem und politischem Gebiete, das Vordringen desselben in die industriereichen Gebiete von Deutschböhmen hat seit langem zu übertriebenen Vorstellungen über die Machtstellung der Czechen, ja zur Sorge um die Existenz des Deutschtums in Böhmen geführt. Die Antwort auf deutscher Seite war eine radikal-nationale Gegenströmung auf politischem

Gebiete, mit welcher eine literarische Bewegung Hand in Hand geht, die die kulturelle und namentlich die wirtschaftliche Position beider Kampfparteien beleuchtet. Die Führung hat hier auf deutscher Seite Friedrich v. Wieser mit seinen Arbeiten über die Steuerleistung der Deutschen in Böhmen übernommen.

Nunmehr liegt eine nach Inhalt und Umfang hoch bedeutende, im Auftrage der Gesellschaft zur Förderung deutscher Wissenschaft, Kunst und Literatur in Böhmen von Prof. Heinrich Rauchberg verfasste Arbeit vor, welche auf die letzten Elemente des nationalen Verhältnisses in Böhmen zurückgeht, nämlich auf den Besitz der Deutschen und Czechen in Böhmen an Land und Leuten. Rauchberg unternimmt es, die Ergebnisse der letzten Volkszählung zu einer umfassenden Darstellung der gesamten nationalen Verhältnisse in Böhmen zu verwerten. Einem stattlichen Textbande, welcher die Ergebnisse der ziffermässigen Feststellungen und Kombinationen der Zählung systematisch darstellt, schliesst sich illustrativ ein Tabellenband und ein Band kartographischer Anlagen an. Die Arbeit Rauchbergs ist eine bevölkerungsstatistische: mit der anatomischen Tätigkeit des Statistikers, welche den nationalen Besitzstand in alle seine Details gliedert, verbindet sich eine physiologische, welche die Funktionen der ermittelten Elemente, das Aufeinanderwirken derselben nach allen Richtungen verfolgt und zwar bis zu dem Punkte, wo die Ergebnisse der Statistik in die Politik einmünden. Diese Selbstbeschränkung, welche den Ausführungen des Autors mitunter etwas Nüchternes gibt, bildet gerade hier einen grossen Vorzug. Fern von jedem rednerischen Pathos zieht Verfasser aus dem Zahlenmateriale seine oft überraschenden Schlüsse, durch welche manche politische Fabel, namentlich über die geringere Expansionsfähigkeit des deutschen Volksstammes in Böhmen gründlich zerstört werden dürfte, mit einer Objektivität, die auch auf Seite seiner nationalen Gegner reiche Anerkennung gefunden hat. Freilich werden manche Schlüsse vermöge der unsicheren Prämissen Zweifel erregen. So dürfte der Aufbau der nationalen Gliederung auf die statistisch ermittelte „Umgangssprache“ doch nicht überall zu verlässlichen Ergebnissen bezüglich des nationalen Besitzstandes geführt haben. Die Divergenz zwischen „Umgangssprache“ und „Nationalität“, welche, wie Autor selbst zugibt (I. S. 151) die eigenartigen Ergebnisse der letzten Volkszählung für die Stadt Prag herbeiführen half, dürfte wohl auch in anderen Beziehungen beirrend gewirkt haben. Sehr interessant und richtig ist die Würdigung des Einflusses der wirtschaftlichen Verhältnisse, namentlich in Deutschböhmen, auf die Assimilierung fremdsprachiger Minderheiten (I Abschnitt VIII bis XI); doch gerade hier dürfte die fortschreitende Demokratisierung unserer öffentlichen Einrichtuugen, die die wirtschaftlichen Unterschiede zu gunsten der blossen Zahl hintansetzt, am ehesten eine Wendung mit sich bringen. —

Zum Schlusse mögen einige der wichtigsten praktischen Ergebnisse aus der Arbeit RAUCHBERGS hervorgehoben werden:

Die auf Grund der letzten Volkszählung hergestellte Sprachenkarte von Böhmen ergibt, dass die beiden Volksstämme im ganzen strenge getrennt wohnen, so dass die von deutscher Seite begehrte administrative Trennung nach den Volksstämmen keineswegs jenen Schwierigkeiten begegnen würde, welche von der gegnerischen Seite behauptet werden. Für die Entwicklung der beiden Volksstämme Böhmens ist die geschlossen wohnende Masse massgebend, nicht aber die Entwicklung an den Grenzstreifen oder in den Mischgebieten. Wenn auch in letzteren der czechische Volksstamm einen wesentlichen Vorsprung zu verzeichnen hat, so ist dennoch das übermässige Anwachsen des czechischen Elementes gegenüber dem deutschen in Böhmen nur eine durch die sonstigen politischen Erfolge den Czechen herbeigeführte Täuschung; die Sprachgrenze hat sich im ganzen wenig und nicht überall zu Gunsten der Czechen geändert. Die wichtigsten Verschiebungen haben sich im geschlossenen Sprachgebiete bei den nationalen Minderheiten ergeben. Hier kommt die Wanderbewegung als Folge der Industrialisierung des Landes vorzüglich den Deutschen zustatten. Die Czechen suchen aus Erwerbsrücksichten das deutsche Sprachgebiet auf; doch hat gerade hier der Einfluss der wirtschaftlichen Faktoren eine Aufsaugung der czechischen Minoritäten und damit einen Vorsprung der deutschen Gebiete bezüglich der Volkszunahmen vor den czechischen zur Folge gehabt. Besser als die czechischen behaupten sich, von gewissen Ausnahmen abgesehen (Prag, Pilsen, Budweis), die deutschen Minoritäten im czechischen Gebiete, welche hier als der wirtschaftlich stärkere Teil erscheinen. So erweist sich nach den Worten des Autors, dass die beste nationale Politik eine gute Sozialpolitik ist. Von grossem Interesse sind auch die Angaben über die Bildungsrichtung der beiden Volksstämme. Während die Deutschen sich zum grossen Teile für die Tätigkeit in der Industrie, dem Handel und Verkehrswesen vorbereiten, findet auf czechischer Seite eine Ueberproduktion an Hochschülern statt, die naturgemäss nach Versorgung im öffentlichen Dienste über das czechische Sprachgebiet hinaus streben, was in unserer Zeit, da der Utraquismus der strengen nationalen Sonderung gewichen ist, Anlass zu mancher Reibung bietet.

Das wichtigste, höchst beherzigenswerte Ergebnis der Forschungen des Autors ist jedoch, dass der nationale Kampf, der so viele Volkskräfte verbraucht, den nationalen Besitzstand beider Volksstämme nicht zu erschüttern vermochte. Was der czechische Volksstamm durch die kulturelle Hebung seines Mittelstandes erreicht hat, wird auf deutscher Seite durch die industrielle Entwicklung wettgemacht. Nicht im aufreibenden Kampfe, sondern in der Kulturentwicklung auf beiden

Ladung aufzunehmen. Da in allen diesen Fällen von den Seeschiffen Abgaben für die Befahrung erhoben werden, die Vorschrift des Absatz 3 also auf die „in den Seehäfen“ erhobenen Abgaben nicht beschränkt sei, so leitet er daraus die Behauptung her, dass ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Absatz 3 und 4 des Art. 54 gar nicht bestehe. Ich glaube nun, dass hier den Worten „in den Seehäfen“ eine zu grosse Bedeutung beigelegt worden ist, und dass dieser Absatz 3 überhaupt falsch verstanden wird. Der Akzent liegt nicht auf den Worten „in den Seehäfen“, sondern auf den Worten „von den Seeschiffen oder deren Ladungen“. Man muss eine Gesetzesbestimmung so auslegen, dass sie einen vernünftigen Sinn hat; der Sinn, der Zweck, der Inhalt dieser Vorschrift ist der, dass die Abgabe bis zu einer gewissen Höhe begrenzt wird. Nun kann es gerechtfertigt erscheinen, dass man die Abgaben von der Seeschiffahrt anders als die von der Flussschiffahrt bestimmt wegen der grossen Ladefähigkeit der Schiffe, ihres grossen Tiefganges, des grossen Kapitals, des grossen Ertrages, der grossen Kosten der zu ihrem Gebrauche erforderlichen Anstalten. Es sind das alles Gründe, welche es begreiflich machen, dass, gleichviel ob mit Recht oder Unrecht, von den Seeschiffen andere oder höhere Abgaben erhoben werden als von den Flussschiffen; dagegen würde es eine sonderbare Marotte sein, wenn sich der Gesetzgeber darauf versteifen würde, dass die Abgaben gerade in den Häfen erhoben werden und nicht in der Mündung oder in der Nähe der Mündung des Flusses. Das hat eigentlich gar keinen vernünftigen Sinn. Man hätte vielleicht die Worte „in den Seehäfen“ ohne grossen Schaden ganz streichen können, aber sie sollen die Worte „in den Seeuferstaaten“, welche das Vorbild des Art. 54 Abs. 3 enthält, ersetzen. Diese Abweichung hat natürlich auch einen guten Grund. Der Grund für diese Abweichung ist ein staatsrechtlicher. Die Verfassung von 1849 wollte die Schiffahrtsanstalten am Meere und in den Mündungen der deutschen Flüsse,

insbesondere auch die Seehäfen, der Oberaufsicht des Reiches unterwerfen, das Reich ermächtigen, diese Anstalten aus Mitteln des Reiches zu vermehren und zu erweitern und die von den Seeuferstaaten zu erhebenden Abgaben für diese Anlagen der Genehmigung der Reichsgewalt unterwerfen. Es sollte ein Reichsgesetz erlassen werden, welches für jeden Fluss bestimmt, wie weit die Mündung zu rechnen ist, um die Zuständigkeitssphäre des Reichs von der des Einzelstaates räumlich abzugrenzen, und deshalb war es nicht überflüssig, in der Verfassung von 1849 zu bestimmen, dass die Abgaben in diesen der Reichskompetenz überwiesenen Gebieten in, also auch von den Seeuferstaaten erhoben werden und nicht vom Reiche. Die Verfassung von 1849 sagt also, diese Abgaben werden an den Strommündungen und an den Schiffahrtsanstalten von den Uferstaaten und für ihre Rechnung erhoben. Da die jetzige Verfassung die Zuständigkeit des Reichs und der Einzelstaaten nach ganz anderen Gesichtspunkten abgrenzt, war kein Grund vorhanden, zu sagen, dass die Abgaben in den Seeuferstaaten erhoben werden; das versteht sich von selbst. Es war also nicht nötig, dieses in die Reichsverfassung hineinzusetzen; das hättte nur den Sinn verdunkelt. Vielmehr ist der Sinn des Absatzes 3: die Abgaben werden von den Seeschiffen und deren Ladungen erhoben. Das ist das Objekt der Besteuerung, auf welches es ankommt. Der Begriff des Seeschiffes ist an sich klar und verständlich und brauchte nicht den Steuerbehörden durch Instruktionen und Regulative erläutert zu werden. Ein Seeschiff ist nach der Definition des Handelsgesetzbuches (§ 474) ein Schiff, das zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist; Seeschiffe sind solche Schiffe, welche das Meer befahren; wenn sie auch gleichzeitig in die unteren Teile der Ströme und in die ihnen zugänglichen Häfen einlaufen, so hören sie nicht auf, Seeschiffe zu sein. Es kommt auch nicht auf die Schiffstypen, d. h. die Bauart an, sondern es kommt darauf an, ob das Schiff von der See herkommt, oder von einem Hafen in die See

hinausfährt. Das sind Seeschiffe und die unterliegen der Vorschrift des Absatzes 3.

Wenn nun Absatz 3 die Abgaben von den Seeschiffen behandelt, so ist nach den primitivsten Grundsätzen der Auslegung völlig gewiss, dass Absatz 4 andere Schiffe behandeln muss, als Seeschiffe; er kann sich nicht wieder auf Seeschiffe beziehen, denn sonst wäre die besondere Erwähnung in Absatz 3 völlig zwecklos und unverständlich. Wenn in Absatz 4 nicht ausdrücklich die Rede ist von Flussschiffen, so ergibt sich doch nach den eben entwickelten Ausführungen, dass der Absatz 4 von Binnenschiffen und nur von ihnen handelt. Dies ist das erste Resultat, welches sich aus dem Vergleich der beiden Sätze ergibt. Nun ist es ferner ebenso gewiss, dass Absatz 4 etwas anderes bestimmen muss, als Absatz 3; denn es hätte keinen Sinn, Flussschiffe und Seeschiffe zu unterscheiden, wenn von beiden dasselbe gelten soll. Es muss also notwendigerweise der Absatz 4 etwas anderes bestimmen als der Absatz 3, sonst hätte man keine zwei Sätze gemacht, um dieselbe Vorschrift erst für die Seeschiffe und dann nochmals für die anderen Schiffe zu geben. Es erhebt sich also die Frage: worin weicht die in Absatz 4 für die Binnenschiffahrt gegebene Rechtsvorschrift von der in Absatz 3 für die Seeschiffahrt gegebenen ab?

Da beide Sätze des Artikel 54 in wörtlicher Uebereinstimmung vorschreiben, dass die Abgaben die zur Unterhaltung und gewöhnlichen Herstellung der Anstalten erforderlichen Kosten nicht übersteigen dürfen, so besteht hinsichtlich des Prinzips für die Bemessung der Abgaben kein Unterschied. Worin aber ein Unterschied besteht, das ergibt sich, wenn man den Wortlaut dieser beiden Sätze vergleicht. Der Wortlaut des Absatz 3 lässt von Seeschiffen Abgaben zu für die Benutzung von Schiffahrtsanstalten, ohne den Begriff der Schiffahrtsanstalten durch bestimmte Kriterien einzuschränken; er umfasst alles, was von den Schiffen für die Zwecke der Seeschiffahrt überhaupt benutzt

wird. Der Absatz 4 lässt dagegen Abgaben nur zu „für die Benutzung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind“. Da auch die in Absatz 3 erwähnten Anstalten zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, so liegt darin kein Gegensatz. Der Gegensatz liegt vielmehr in der näheren Charakterisierung der Anstalten, welche durch das in Absatz 4 hinzugefügte Wort „b e s o n d e r e“ gegeben ist.

Der Absatz 3 spricht von Schiffahrtsanstalten, der Absatz 4 von besonderen Schiffahrtsanstalten. Darin allein besteht der Gegensatz zwischen den beiden Verfassungssätzen. Dadurch erhält dieses Wort eine spezifische Bedeutung; es kann kein gleichgültiges epitheton ornans, kein verunglücktes stilistiches Beiwort sein, wie uns PETERS glauben machen will, sondern es muss eine juristisch erhebliche Bedeutung haben; sonst hätte es keinen Sinn, die Abgaben von Seeschiffen von den Abgaben von Binnenschiffen in zwei getrennten Sätzen in fast gleichlautender Textierung zu behandeln. Daher ergibt sich zunächst die Frage: Was ist unter „besonderen“ Anstalten zu verstehen?

Der Absatz 4 unterscheidet sodann ebenso wenig wie Absatz 3 zwischen Seewasserstrassen und Binnengewässern; der Gegensatz zwischen Absatz 3 und Absatz 4 kann also auch nicht willkürlich dahin festgesetzt werden, dass Absatz 3 von Seewasserstrassen und Absatz 4 von Binnengewässern handelt, was allerdings eine weitverbreitete Ansicht ist. Der Artikel 54 unterscheidet nicht zwei Arten von S t r a s s e n, sondern zwei Arten von F a h r z e u g e n. Wenn der Wasserweg sowohl für See- als Flussschiffe brauchbar ist, so ist er zugleich ein Seewasserweg und ein Binnenschiffahrtsweg, so wie eine Landstrasse zugleich ein Fahrweg- und ein Reitweg ist. Die in der neuesten Literatur vielfach erörterte Frage, was ein Seewasserweg sei, ob z. B. der Nord-Ostsee-Kanal, die Unterweser, der untere Lauf des Rheins Seewasserwege oder Binnengewässer sind, ist unerheblich. Alle diese Fragen kann man auf sich beruhen lassen, da sie nicht zur Aufklärung dienen, son-

dern nur zur Verwirrung. Der Ausdruck „Seewasserstrassen“ kommt weder in der Reichsverfassung noch in irgend einer anderen, die Schiffahrtsabgaben betreffenden Rechtsurkunde vor, und Artikel 54 Absatz 4 spricht ausdrücklich von allen natürlichen Wasserstrassen. Die von Seeschiffen zugelassenen Abgaben können von ihnen auch erhoben werden, wenn sie die unteren Teile der Ströme und die Haffe bis zum Seehafen hinauf befahren, und es ist ganz unerheblich, ob man diese Wasserwege als Seewasserwege oder Binnengewässer ansieht. Für den Rhein ist aber aus besonderen, nachher zu besprechenden Gründen der Unterschied zwischen Seeschiffen und Binnenschiffen hinsichtlich der Abgaben beseitigt. Nicht, wie das Wasser ist, ob salzig oder süss, kommt in Betracht, sondern es handelt sich lediglich um die Verschiedenartigkeit der Fahrzeuge. Dagegen unterscheidet Absatz 4 ganz bestimmt zwischen den natürlichen und den künstlichen Wasserstrassen.

Daher ergibt sich für die Auslegung des Absatzes 4 die fernere Frage, was ist zu verstehen unter einer natürlichen Wasserstrasse, wodurch unterscheidet sich eine natürliche Wasserstrasse von einer künstlichen? Die erwähnten zwei Fragen sind es nun auch in der Tat, um welche sich der Streit dreht. Was sind „besondere“ Anstalten und was sind „natürliche“ Wasserstrassen? Von der Beantwortung dieser beiden Fragen hängt es ab, ob Befahrungsabgaben von Flussschiffen auf regulierten Flüssen nach Artikel 54 der Reichsverfassung zulässig oder verboten sind.

Wenden wir uns zuerst der Frage zu, was sind besondere Anstalten zur Erleichterung des Verkehrs? Da sich, wie erwähnt, der Artikel 54 an die Reichsverfassung von 1849 anschliesst, so liegt es natürlich nahe, vielleicht aus ihr etwas für die Erläuterung dieses Wortes zu entnehmen. Die Reichsverfassung von 1849 unterscheidet in dem die Flussschiffahrt betreffenden Artikel in den §§ 25 und 26 ganz scharf zwei Arten von

Abgaben; die einen werden verboten, die andern werden erlaubt und dadurch werden sie zueinander in einen absoluten Gegensatz gebracht. § 25 lautet: „Alle deutschen Flüsse sollen für deutsche Schiffahrt von Flusszöllen frei sein.“ Flusszölle sollen also auf allen deutschen Flüssen und unbedingt verboten sein. § 25 unterscheidet nicht, ob sie Gebühren, d. h. ein Ersatz für die Kosten der Erhaltung oder Verbesserung der Schiffahrt oder eine rein fiskalische Einnahme waren. Er unterscheidet ebensowenig, ob die Abgaben erhoben werden als eigentliche Wasserzölle von Waren, oder als Wasserwegegelder, als sogenannte Rekognitionsgebühren, von Schiffen.

Wasserwegegelder und Flusszölle hatten den Unmut des Volkes erregt, sie hatten unter den Staaten des Bundes Veranlassung zu zahlreichen Schädigungen, Schikanen und Klagen gegeben. Deswegen wollte man in der Reichsverfassung von 1849 ein für allemal damit aufräumen. Deutsche Schiffe sollen auf deutschen Flüssen von Abgaben frei sein. In der Verfassung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches war eine ausdrückliche Wiederholung dieses § 25 nicht notwendig, denn diese Flusszölle und Wasserwegegelder waren bereits mit wenigen Ausnahmen überall beseitigt. Es genügte, in Absatz 4 des Artikels 54 das Wörtchen „nur“ einzuschalten, um dadurch insbesondere alle Schiffahrtsabgaben für die Befahrung auszuschliessen. Der § 25 der Reichsverfassung von 1849 ist durch dieses Wörtchen ersetzt.

§ 26 der Reichsverfassung von 1849 lautet so: „Die Hafen-, Kran-, Wag-, Lager-, Schleussen- und dergleichen Gebühren, welche an den gemeinschaftlichen Flüssen und den Mündungen der in dieselben sich ergiessenden Nebenflüssen erhoben werden, dürfen die zur Unterhaltung derartiger Anstalten nötigen Kosten nicht übersteigen. Sie unterliegen der Genehmigung der Reichsgewalt“.

Hier werden also die Anstalten, für deren Benützung Gebühren gestattet werden, einzeln aufgezählt und es wird eine

Generalklausel zur Ergänzung beigefügt: „und dergleichen Gebühren für die Unterhaltung derartiger Anstalten". „Derartige Anstalten" können nur solche sein, welche den zuvor aufgeführten gleichartig sind, mit ihnen ein gemeinsames charakteristisches Merkmal haben. Wasserwegegelder, Befahrungsabgaben können keinesfalls dazu gehören; denn diese sind ja in dem vorhergehenden § 25 ausdrücklich verboten. Artikel 54 Absatz 4 der Reichsverfassung weicht nun von seinem Vorbilde dadurch ab, dass er die Anstalten, für deren Benützung Gebühren erhoben werden dürfen, nicht einzeln aufführt, sondern als besondere Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, zusammenfasst. Bei dem historischen Zusammenhang, der zwischen der Reichsverfassung von 1849 und unserer jetzigen Verfassung besteht, ist von vornherein die Vermutung begründet, dass die besonderen Anstalten des Artikels 54 identisch sind mit den im § 26 einzeln aufgeführten. Man wollte die Reichsverfassung nicht mit so detaillierten Aufzählungen belasten, die doch immer durch eine clausula generalis ergänzt werden müssen. Dass aber Befahrungsabgaben in keinem Falle zu den zugelassenen Abgaben gehören, bringt der Artikel 54 sofort selbst zu einem unzweideutigen Ausdruck, indem er fortfährt: „Diese Abgaben, sowie die Abgaben für die Befahrung künstlicher Wasserstrassen". Die Abgaben für die Befahrung künstlicher Wasserstrassen werden also zu „diesen" Abgaben in Gegensatz gestellt.

Woher der Ausdruck „besondere Anstalten" kommt, ist durch eine soeben in Hirths Annalen veröffentlichte Abhandlung von Otto Mayer aufgeklärt worden. Er stammt nämlich aus einer Denkschrift des Preussischen Ministeriums vom Oktober 1848, welche den Regierungen anderer Staaten, namentlich Badens, offiziell zugestellt worden ist. In dieser Denkschrift findet sich eine Erörterung über das damals zu schaffende Reichsrecht. Die Denkschrift ist von Delbrück verfasst; das Konzept ist vollständig von seiner Hand geschrieben, wie Peters Seite 149

Anm. 2 bezeugt[3].

Unser Artikel 54 Absatz 4 stimmt in so vielen Einzelheiten Ausdrücken und Redewendungen mit dieser Denkschrift überein, dass es keinem Zweifel unterliegt, dass Delbrück bei Formulierung des Artikels 54 sich an seine Denkschrift von 1848 angeschlossen hat. In dieser Denkschrift wird gesagt, dass für die Benützung der Wasserstrassen ein zur Unterhaltung und Verbesserung zu verwendendes Wasserwegegeld nicht erhoben werden soll und zwar aus dem Grunde, weil der Binnenverkehr auf den preussischen Wasserstrassen seit 30 Jahren frei ist von allen nicht für die Benützung besonderer Anstalten zu entrichtenden Abgaben. Hier haben wir also ein authentisches Zeugnis desjenigen Staatsmannes, der den Artikel 54 unserer Reichsverfassung entworfen hat, dass die Befahrungsabgaben nicht zu den Gebühren gehören, welche für die Benützung besonderer Anstalten erhoben werden dürfen. Die Denkschrift wird auch in dem Werk über Schiffahrtsabgaben von PETERS erwähnt. PETERS führt auch ausdrücklich an, dass das Konzept von Delbrück eigenhändig geschrieben sei, aber — sagt er — man könne nicht wissen, ob die Ausführungen wirklich seiner Ueberzeugung entsprechen (!). An die Erwähnung der Denkschrift knüpft er eine Anzahl von Betrachtungen historisch-politischer Art, durch welche er den Zusammenhang dieser Denkschrift und der Fassung des Artikels 54 nicht hervorhebt, sondern verschleiert, um schliesslich darauf hinauszukommen, man könnte nicht wissen, was unter „besonderen Anstalten“ zu verstehen sei.

Abgesehen von dieser Vorgeschichte der Fassung des Artikels 54 Absatz 4 kommt es noch auf eine andere Interpretationsquelle an. Für den Inhalt der Norddeutschen Bundesverfassung müssen selbstverständlich von grosser Wichtigkeit diejenigen Vorschriften gewesen sein, welche für den Zollverein vereinbart worden waren. Der Zollvereinsvertrag war im Jahre 1865, also

[3] Diese Denkschrift ist jetzt herausgegeben von A. KARST. Dresden 1907.

kurz vor der Abfassung der Bundesverfassung, neu abgeschlossen und 1867 mit Rücksicht auf die Umgestaltung der politischen Verhältnisse abgeändert worden. Aber die Bestimmungen über Schiffahrtsabgaben sind seit dem Jahre 1833 unverändert geblieben und in die verschiedenen Verträge ohne Abänderung übergegangen; sie lauten im § 27 des Vertrages vom 8. Juli 1867 gleich wie in den älteren Verträgen: „Kanal-, Schleussen-, Brücken-, Fähr-, Hafen-, Wag-, Kranen- und Niederlage-Gebühren und Leistungen für Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, sollen nur bei Benützung wirklich bestehender Einrichtungen erhoben werden."

Diese Aufzählung ist beinahe wörtlich übereinstimmend mit der im § 26 der Reichsverfassung von 1849 enthaltenen. Ausser den hier nicht in Betracht kommenden Kanalgebühren werden nur noch hinzugefügt die Brückengelder; das sind Gebühren, die dafür zu entrichten sind, dass die Schiffe durch die damals fast allein bestehenden Schiffsbrücken durchgelassen werden und der Zollvereins-Vertrag ersetzt die Klausel: „dergleichen Gebühren für derartige Anstalten" durch die präziseren Worte „Leistungen für Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind".

Im Gegensatz zu diesen Gebühren behandelt der Zollvereinsvertrag im Artikel 23 „die Wasserzölle oder auch Wegegeldgebühren auf Flüssen, mit Einschluss derjenigen, welche das Schiffsgefäss treffen (Rekognitionsgebühren)." Diese Abgaben werden nicht verboten, sondern nur hinsichtlich der Höhe beschränkt; für die nicht konventionsmässigen Flüsse werden die privativen Anordnungen der betreffenden Regierungen anerkannt und es wird nur die gleiche Behandlung der Angehörigen aller Vereinsstaaten bedungen. Unter den Staaten des Norddeutschen Bundes bestand demnach ein anderes Recht gemäss Artikel 54 der Bundesverfassung, als im Verhältnis zu den übrigen Staaten des Zollvereins. Diese Verschiedenheit ist jetzt beseitigt. Denn es ist zweifellos, dass diese Wegegelder und Flusszölle durch

den Artikel 54 der Reichsverfassung für das ganze Reich beseitigt worden sind, wie auch Delbrück ausdrücklich bezeugt. Die Behauptung von PETERS, dass, was im Zollverein galt, auch jetzt gelten müsse, ist daher hinsichtlich der Befahrungsabgaben offensichtlich unrichtig und nur hinsichtlich der zugelassenen Gebühren für besondere Anstalten, wie Delbrück ebenfalls bezeugt, zutreffend. Was diese Gebühren anlangt, so bestand kein Grund, warum man bei Abfassung der Reichsverfassung das im Zollverein geltende Recht hätte abändern sollen und zwar stillschweigend, ohne dies ersichtlich zu machen und zu begründen.

Worin besteht nun das gemeinsame Kriterium der im § 26 der Reichsverfassung von 1849 und dem Artikel 25 des Zollvereins-Vertrages aufgeführten Anstalten, das ihre Zusammenfassung als besondere Anstalten im Artikel 54 der jetzigen Reichsverfassung rechtfertigt? Es sind durchweg Anstalten, Anlagen, Einrichtungen, welche von dem Fluss als einer einheitlichen Wasserstrasse verschieden sind und eine besondere örtliche, wirkliche, konkrete Benützung gestatten.

Fähren, Häfen, Wagen, Kranen, Niederlagen sind selbständige Anlagen, kein Teil des Flusses. Ein Fluss kann als Wasserstrasse dienen, ohne dass irgend eine dieser Einrichtungen besteht oder von den Schiffen benützt wird. Andererseits können diese Anlagen auch zu anderen Zwecken als gerade zur Erleichterung der Schiffahrt dienen. Auf einer Wage kann man z. B. auch die nicht auf Flüssen transportierten Waren verwiegen. Diese Anlagen, für welche Gebühren erhoben werden, gehören nicht zum Fluss. Zweifelhaft kann man nur sein hinsichtlich der Schleussen, ob sie nicht einen Bestandteil des Flusses selbst bilden. Aber auch die Schleussen sind Bauwerke, welche eine individuelle Existenz haben, welche besonders errichtet, erhalten, verwaltet und bedient werden. Das Schiff kann an gewissen Stellen des Flusses nicht weiter, wenn es sich nicht durch die Schleussen heben oder senken lässt; es braucht die Arbeitslei-

stung von Personen, die nicht vom Schiffer gestellt sind und diese Arbeitsleistung muss natürlich vergütet werden. Daher sind auch die Schleussen besondere, von den Wasserstrassen zu unterscheidende Anstalten, die dem Flusse gegenübergestellt werden können.

Peters sucht den Ausdruck „besondere Anstalten“ durch ein rein dialektisches Argument als bedeutungslos hinzustellen; er sagt: das Besondere habe nur durch den Gegensatz zu etwas Allgemeinem einen bestimmten präzisen Sinn; an diesem Allgemeinen fehle es aber. Dies ist jedoch nicht richtig. Das Allgemeine ist der Fluss als Ganzes, als Einheit, als Wasserweg; ihm stehen als besondere Anstalten diejenigen Einrichtungen gegenüber, welche nicht zur Wasserstrasse gehören, sondern für besondere bei der Schiffahrt vorkommende Bedürfnisse bestimmt sind.

Zu dem Fluss als Wasserstrasse gehören das Bett, die Fahrrinne, die Ufer und die Wasserwelle. Aus diesen vier Dingen besteht der Fluss; würde eines dieser vier Dinge fehlen, so wäre eine Wasserstrasse überhaupt nicht vorhanden. Das sind die wesentlichen Bestandteile des Flusses. Auch wenn das Bett vertieft, die Ufer befestigt, der Lauf des Wassers durch Buhnen, Parallel-Werke u. s. w. geregelt wird, so betreffen solche Vorkehrungen diese wesentlichen Bestandteile eines schiffbaren Flusses, die Wasserstrasse als solche, und können daher nicht als eine besondere Anlage von dem Fluss selbst unterschieden werden. Dies ist auch die Ansicht fast aller Juristen, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, wie Rehm, Otto Mayer, Best, Schumacher, v. Jagemann, Wittmaack und viele andere. Wenn man, wie Peters will, alles, was durch Menschenhand an einem Fluss vorgenommen wird, als eine besondere Anstalt ansieht, so bleibt für den Fluss selbst nichts mehr übrig; er wird zu einem Agglomerat zahlloser besonderer Anstalten.

Es liegt im Wesen der besonderen Anstalten, dass sie im

Gegensatz zur Benützung der Wasserstrasse als Ganzes eine örtliche Benützung gestatten und erfordern. Manche Schriftsteller haben deshalb mit gutem Grunde gesagt: Besondere Anstalten sind örtliche Anstalten, und die preussische Regierung selbst hat in dem von ihr vorgelegten Entwurf zur Rheinschiffahrtsakte im Jahre 1868, also kurz nach Abfassung der Norddeutschen Bundesverfassung, diesen Ausdruck gebraucht und die Erhebung von Gebühren nur für örtliche Verkehrsanstalten zulassen wollen. PETERS verspottet in seiner Abhandlung im „Recht" Seite 1109 ff. diese Gleichstellung. „Denn — sagt er — kein Mensch wird behaupten wollen, dass die sechzehn Schleussen der oberen Oder, welche den Kohlenverkehr von Oberschlesien nach Berlin vermitteln, oder die im Plane der Moselkanalisierung vorgesehenen vierzig Schleussen, welche die Verschiffung der Ruhrkohlen nach Lothringen und der lothringischen Minette nach dem Niederrhein ermöglichen sollen, oder die fünf Mainschleussen, welche die Verbindung von Frankfurt nach der Rheinwasserstrasse herstellen, eine lokale Bedeutung hätten und örtliche Verkehrsbedürfnisse befriedigten."

PETERS gestattet sich hier ein quid pro quo; es handelt sich nicht um die Verkehrsbedürfnisse oder um die Interessen des Bergbaues, der Industrie und des Handels, sondern um die Benützung einer Anstalt für die Schiffahrt. Ein Schiff kann eine bestimmte Stelle einer Wasserstrasse nicht passieren, ohne sich einer Schleusse zu bedienen. Die Benützung der Schleusse für die Fortbewegung des Schiffes ist immer eine örtliche; auf die Ladung des Schiffes kommt es dabei gar nicht an; es ist gleichgültig, ob sie in Kohlen oder Pflastersteinen besteht, ob ihr Transport lokalen oder allgemeinen Bedürfnissen gilt. Im Gegensatz zum Gebrauch des Flusses als einer einheitlichen Wasserstrasse ist die Benützung einer Schleusse, um ein Gefälle zu überwinden, die Benützung einer örtlichen und besonderen Anlage.

Wenn nun die Reichsverfassung Gebühren nur für die Be-

nützung besonderer Anstalten gestattet, so folgt daraus, dass sie die Erhebung von Gebühren für die Befahrung der Wasserstrasse verbietet; denn die Wasserstrasse selbst ist keine besondere Anstalt der Wasserstrasse. Es ist schon vorhin erwähnt worden, dass Art. 54 der Reichsverfassung ausdrücklich die Abgaben von der Befahrung von „diesen“ Gebühren unterscheidet. Hiernach ist es mit den Grundsätzen der historischen, grammatischen und logischen Interpretation unvereinbar, das Wort „besondere“ in Absatz 4 des Artikel 54 für bedeutungslos zu erklären und dadurch den Gegensatz gegen die in Absatz 3 enthaltene Vorschrift gänzlich zu verwischen oder dem Worte eine so extensive Bedeutung beizulegen, dass es jeden spezifischen Sinnes entkleidet und die im Absatz 4 ausgesprochene Beschränkung der Schiffahrtsabgaben weginterpretiert wird.

Artikel 54 Absatz 4 schreibt diese Beschränkung aber nur für „alle natürlichen“ Wasserstrassen vor. Für die Befahrung künstlicher Wasserstrassen gelten andere Grundsätze, auf welche hier jedoch nicht einzugehen ist, weil sie für die hier zu behandelnde Streitfrage ohne Bedeutung sind. Artikel 54 Absatz 4 teilt die Wasserstrassen ohne Unterschied, ob das Wasser süss oder salzig ist, in zwei Kategorien ein, in natürliche und künstliche. Er kennt kein Mittelding zwischen ihnen, keine dritte Kategorie. Der juristische Unterschied zwischen ihnen besteht darin: auf natürlichen Wasserstrassen sind für Binnenfahrzeuge — denn von ihnen allein handelt Absatz 4 — Befahrungsabgaben verboten, auf künstlichen gestattet. Tertium non datur.

Jede Wasserstrasse muss also entweder in die eine oder in die andere Kategorie gehören; denn wenn für jede der beiden Kategorien das Recht eine entgegengesetzte Regel aufstellt, so werden sie dadurch in einen kontradiktorischen Gegensatz zueinander gestellt. Diese juristische Scheidung — sei sie zweckmässig oder nicht — kann man nicht dadurch verwischen, dass vom technischen Gesichtspunkte aus der Gegensatz kein absoluter

oder apodiktischer ist und dass der gegenwärtige Zustand vieler Wasserstrassen, insbesondere der Flüsse, nicht von Natur allein entstanden, sondern unter der Mitwirkung von menschlicher Tätigkeit hergestellt worden ist. Ein natürlicher Wasserlauf braucht kein wilder Wasserlauf zu sein. Es ist ein Sophisma, dem Begriff „natürliche Wasserstrasse“ den Begriff „Wasserstrasse im Naturzustande“ unterzuschieben. Ein Fluss hört nicht auf, eine natürliche Wasserstrasse zu sein, wenn seine Ufer befestigt, sein Bett von Schiffahrtshindernissen gereinigt und sein Lauf geregelt wird. Andererseits verliert ein Kanal nicht dadurch den Charakter der künstlichen Wasserstrasse, dass ein Fluss zu seiner Speisung verwendet wird. Es kommt darauf an, ob der Weg, welchen die Wasserwellen nehmen, von Natur in das Land eingeschnitten oder künstlich in das Land gegraben ist. Jeder Fluss ist eine natürliche und jeder Kanal eine künstliche Wasserstrasse. Ein Fluss kann durch Versiegung der Zuflüsse, durch Verschlammung oder andere Ereignisse aufhören, eine Wasserstrasse zu sein, und es kann vielleicht an seiner Stelle eine künstliche Wasserstrasse hergestellt werden; das ist aber kein Mittelding zwischen einer künstlichen und natürlichen Wasserstrasse, sondern hier ist die natürliche Wasserstrasse verschwunden und eine künstliche neu hergestellt worden. Es mag vorkommen, dass es vom technischen Gesichtspunkt aus hie und da zweifelhaft wird, ob man es mit einer künstlichen oder natürlichen Wasserstrasse zu tun hat, und in welche Kategorie ein solcher Fluss oder Kanal einzureihen ist. Es kommt alsdann darauf an, ob die menschliche Tätigkeit so überwiegend ist, dass der von Natur geschaffene Wasserlauf als Wasserstrasse für die Schiffahrt nicht mehr in Betracht kommt. Solche Fälle sind aber sicher äusserst selten. Bei den grossen deutschen Strömen kann ein solcher Zweifel nicht erhoben werden; sie hören nicht auf, natürliche Wasserstrassen zu sein durch Verbesserung ihres Laufes irgend welcher Art, mögen diese auch noch so kostspielig und bedeutend sein; denn

der natürliche Wasserlauf bleibt stets das überwiegende, alle künstlichen Arbeiten und Anlagen weit überragende Moment. Mit Recht hat LÖNING[4] hervorgehoben, dass, wenn ein Fluss durch Strombauten oder durch Regulierungen zu einer künstlichen Wasserstrasse würde, es in Deutschland natürliche Wasserstrassen überhaupt nicht gäbe. Denn alle Flüsse hätten ihre Eigenschaft, als Schiffahrtsweg zu dienen, ganz oder zum grossen Teil verloren, wenn nicht durch technische und künstliche Arbeiten die schädlichen Einwirkungen natürlicher Kräfte abgewendet worden wären. Die von der Reichsverfassung gemachte Unterscheidung natürlicher und künstlicher Wasserstrassen hätte gar keinen Sinn und wäre ohne praktische Bedeutung, wenn es keine natürlichen Wasserstrassen gäbe. Die Regulierung eines Stromes macht ihn nicht aus einer von der Natur geschaffenen zu einer künstlichen, d. h. durch Menschenwerk hergestellten Wasserstrasse, und es ist nach meiner Ansicht ganz gleichgültig, durch welche technischen Mittel die Regulierung erfolgt ist und einen wie grossen Nutzen sie für die Schiffahrt hat. Auch die Anlage von Stauwerken und Schleussen ist nicht imstande, einem Flusse den Charakter einer natürlichen Wasserstrasse zu nehmen.

Man pflegt einen durch Stauwerke und Schleussen verbesserten Fluss als einen kanalisierten zu bezeichnen und einem regulierten gegenüberzustellen. Aber auch ein in dieser Art kanalisierter Fluss ist im Sinne des Artikels 54 der Reichsverfassung eine natürliche Wasserstrasse; denn ein Mittelding zwischen natürlichen und künstlichen Wasserstrassen ist in der Reichsverfassung nicht anerkannt. Nun ist es zwar bekannt, dass für die Befahrung kanalisierter Flüsse Abgaben erhoben werden, ohne dass man darin eine Verletzung der Reichsverfassung erblickt; indes das hat eine besondere Bewandtnis. Da der kanalisierte Fluss ohne Benutzung der Schleussen nicht befahren

[4] In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 278 fg.

werden kann und die Kosten der Kanalisation hauptsächlich in der Herstellung und Unterhaltung der Schleussen und Stauwerke bestehen, so sind die für die Befahrung des kanalisierten Flusses erhobenen Abgaben in Wahrheit Schleussengebühren. Auf den Namen, unter welchem sie erhoben werden, kann es nicht ankommen.

Wenn der Lauf eines Flusses durch einen Durchstich oder eine streckenweise Ablenkung verändert wird, so dass der von der Natur gegebene Wasserlauf auf einer bestimmten Strecke zur Schiffahrt nicht mehr brauchbar ist und die Regierung ihre Verpflichtung, ihn in brauchbarem Zustande zu erhalten, nicht weiter erfüllt, dann tritt dieser Durchstich an Stelle des natürlichen Wasserlaufes und wird ein integrierender Bestandteil der natürlichen Wasserstrasse. An einer solchen Strecke ist die Erhebung von Befahrungsabgaben ausgeschlossen (WITTMAACK im Arch. f. öff. R., Bd. 19, S. 159). Daraus ergibt sich ferner noch eine andere Konsequenz. Da eine Wasserstrasse im Rechtssinn entweder eine natürliche oder eine künstliche, aber niemals beides zugleich ist, so kann auch eine Vertiefung der Fahrrinne eines natürlichen Flusses nach Artikel 54 der Reichsverfassung kein Gegenstand einer Abgabenerhebung in der Art sein, dass diejenigen Schiffe, welche die vertiefte Rinne nicht benötigen, abgabenfrei bleiben, dagegen diejenigen, denen durch die Vertiefung die Fahrt ermöglicht wird, Befahrungsabgaben entrichten. Ein Strom kann nicht durch eine gedachte horizontale Ebene in zwei Teile zerlegt werden, von denen der obere eine natürliche, der untere eine künstliche Wasserstrasse ist; die Wasserstrasse ist eine unteilbare Einheit. Ein Schiff kann nicht mit seinem oberen Teil in einer natürlichen, mit seinem unteren in einer künstlichen Wasserstrasse fahren, denn die Fortbewegung des Schiffes im Wasser ist ein einheitlicher Vorgang. Die Vertiefung schafft kein neues Strombett; unten fliesst der Rhein so gut wie oben; die Vorstellung, dass etwa der Rhein über einen

Kanal hinwegfliesst, ist eine unnatürliche und überkünstliche, die man nicht in die Reichsverfassung hineintragen kann, ohne den Sinn zu fälschen. Verbesserungen des Fahrwassers machen aus einer natürlichen Wasserstrasse keine künstliche, gleichviel, ob sie an den Ufern, in der Mitte oder an der Sohle des Flusses vorgenommen werden, wenn nur der Weg der Wasserfluten derselbe bleibt. Befahrungsabgaben auf den sogenannten regulierten Flüssen können sonach weder durch eine willkürliche Ausdehnung des Begriffes „besondere Anstalten", noch durch eine willkürliche Einschränkung des Begriffes „natürliche Wasserstrasse" begründet werden.

Aber selbst wenn man eine solche den geschichtlichen Grundlagen und dem Wortlaut des Artikel 54 widersprechende Auslegung für zulässig erachten wollte, so erhebt sich sofort eine neue Schwierigkeit. Die Gebühren dürfen die Unterhaltungs- und gewöhnlichen Herstellungskosten nicht übersteigen. Wie weit kann man da bei den einzelnen Strömen zurückgehen? Sollen alle seit der Aufhebung der Flusszölle aufgewendeten Kosten zusammengerechnet und die Gebühren nach ihrer Gesamtsumme bemessen werden? Was gehört ferner zur Regulierung der Ströme? Vielleicht auch die der Nebenflüsse, Aufforstung der Gebirge, Stauung der Gebirgsbäche? Dies und vieles andere hat doch eine Einwirkung auf die Verbesserung des Fahrwassers. Soll doch sogar die Strompolizei zu den besonderen Anlagen gezählt werden, deren Kosten bei der Berechnung der Gebühren mit in Ansatz kommen können. Inwieweit sind ferner die Regulierungskosten zur Erleichterung der Schiffahrt und nicht für andere Interessen, der Landwirtschaft, der Verhütung von Ueberschwemmungen, der Gewinnung kulturfähigen Landes, der Hygiene und so weiter verwendet worden? Was sind endlich bei Flusskorrektionen die gewöhnlichen Herstellungskosten? Gibt es solche bei Werken, von denen jedes einzelne eine Art für sich ist? Kann man da von einer Gewohnheit, von gewöhnlichen

Herstellungskosten überhaupt reden? Wenn man nach den Ausführungen von PETERS alles, was zur Verbesserung oder Erleichterung der Schiffahrt unmittelbar oder mittelbar dient und Kosten verursacht hat oder verursacht, zu den besonderen Anstalten rechnet, für welche Gebühren erhoben werden dürfen, so ist der Betrag, welcher dieser Berechnung zugrunde gelegt werden könnte, unübersehbar und völlig der Willkür preisgegeben, und es hätte auch geringen Wert, wenn die zu erhebende Gebühr vielleicht anfangs in mässiger Höhe angesetzt würde; denn wer bürgt dafür, dass sie nicht bis zum Maximum ihrer Ertragsfähigkeit später gesteigert würde? Mit der Befreiung der deutschen Ströme von Wasserzöllen, welche man zur Zeit der Abfassung der norddeutschen Bundesverfassung und des Zollvereinsvertrages von 1867 als eine unverlierbare Errungenschaft betrachtete, wäre es nichts; denn ob der bureaukratische Doktrinarismus die Befahrungsabgaben als Wasserwegegeld oder als Gebühren ansieht, ist für denjenigen, der sie zahlen muss, gleichgültig.

Aus der Zeit bald nach Abfassung der Bundesverfassung und Reichsverfassung, als man über den Sinn ihrer Bestimmungen noch eine sichere Kenntnis haben musste, fehlt es auch nicht an zahlreichen Zeugnissen, wie Artikel 54 zu verstehen ist. PETERS selbst hat grosses Material dafür beigebracht. Schon am 14. Dezember 1867 wurden die Abgaben auf der regulierten Ruhr aufgehoben, weil sie mit Artikel 54 der Reichsverfassung in Widerspruch stehen (PETERS, Seite 229), ebenso auf der Lippe. Nach einem Bericht des Bundesrates vom 13. April 1870 (mitgeteilt von PETERS, Seite 198 ff.) ist die der Gesetzgebung zugrunde liegende Idee keine andere, als dass die von Natur gegebenen öffentlichen Wasserstrassen dem gemeinen Gebrauch ohne Beschränkung und Belastung überlassen werden sollen. Und ferner heisst es in diesem Bericht: „Jedenfalls ist durch Art. 54 der Verfassung so viel bestimmt, dass Wasserabgaben nur für die

Benutzung besonderer Anstalten entrichtet werden sollen. Die blosse Unterhaltung der Strombahn ist aber keine besondere Anstalt". Die Begründung zu dem Entwurf des Bundesgesetzes über die Aufhebung der Elbzölle vom 11. Juni 1870 erklärt die in Wittenberge erhobene Abgabe als durch das Verbot des Artikel 54 direkt betroffen, „weil sie ein einfacher Passagezoll ist". (PETERS, Seite 201.)

Dabei ist wohl zu bemerken, dass das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 den Elbzoll ganz beseitigt hat, ohne eine Gebühr für die Flussregulierung bestehen zu lassen. Einem im Reichstag darauf gerichteten Antrag widersprach Minister Delbrück im Namen des Bundesrates, weil solche Abgaben dem Artikel 54 der Reichsverfassung widersprechen; die Bundesverfassung lasse es nicht zu, Abgaben zu erheben, welche lediglich den Zweck haben, die Kosten für die gewöhnliche Fahrbarkeit der Ströme aufzubringen. (PETERS, Seite 204 und 205.) Delbrück wusste doch, dass damals schon kostspielige Regulierungen der Elbe ausgeführt waren. Auch der gleichzeitig mit Oesterreich abgeschlossene Vertrag vom 22. Juli 1870 lässt Abgaben nur für die Benutzung besonderer Anstalten, welche zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, zu, schliesst also Befahrungsabgaben auf der Elbe aus.

Das wichtigste Beweismittel, wie die gesetzgebenden Organe des Reiches diesen Artikel 54 auffassen, bildet das Gesetz vom 5. April 1886 über die Erhebung von Schiffahrtsabgaben auf der Unterweser. Es handelte sich um eine Flusskorrektion von ungewöhnlicher Bedeutung, um ein Unternehmen, dessen Kosten auf 30000000 M. veranschlagt waren, um einen Betrag, den Bremen ganz allein aufbringen musste. Das Reich entschloss sich daher, eine Ausnahme von dem verfassungsmässigen Verbot der Befahrungsabgabe zu gestatten. Wäre ein solches Verbot im Artikel 54 Absatz 4 nicht enthalten, so hätte es eines Reichsgesetzes überhaupt nicht bedurft. Es wurde aber von dem Be-

richterstatter der Kommission und bei den Verhandlungen im Plenum des Reichstages von vielen Seiten hervorgehoben, dass es sich um eine Verfassungsänderung oder richtiger um eine Ausserkraftsetzung einer Verfassungsbestimmung für einen einzelnen Fall handelt, und der Staatssekretär v. Bötticher gab die Erklärung ab, dass bei der Abstimmung über den Entwurf nicht eine so grosse Anzahl von Stimmen im Bundesrat gegen die Vorlage sich erklärt hat, dass dadurch eine Verfassungsänderung gehindert wäre. Wenn PETERS sich darauf beruft, dass der Reichstag und der Bundesrat keine prinzipielle Entscheidung der Frage gegeben haben, ob es sich um eine Verfassungsänderung handle, so ist dies unerheblich. Solche Entscheidungen sind, wie OTTO MAYER mit Recht entgegnet hat, zwecklos und werden niemals beschlossen, wenn es im konkreten Fall nicht von Bedeutung ist, ob eine Verfassungsänderung vorliegt oder nicht. Da im Bundesrat nicht 14 Stimmen dagegen abgegeben wurden, so waren die Bedingungen auch einer Verfassungsänderung erfüllt. Entscheidend aber ist ganz allein die Tatsache, dass man es für erforderlich gehalten hat, den Weg der Reichsgesetzgebung zu beschreiten. Es ist ein ausreichender Beweis dafür, dass Bremen ohne reichsgesetzliche Ermächtigung nicht für befugt gehalten wurde, Befahrungsabgaben auf der regulierten Unterweser zu erheben.

PETERS hat sich auch darauf berufen, dass das Reich seine Befugnis zur Retorsion in einer unzweckmässigen Weise beschränkt hätte, wenn es Befahrungsabgaben auf den natürlichen Wasserstrassen unbedingt ausgeschlossen hätte. Man braucht aber nur den Absatz 5 des Artikel 54 zu lesen, um sich von der gänzlichen Haltlosigkeit dieses Argumentes zu überzeugen. Derselbe behält dem Reiche das Recht vor, auf fremde Schiffe oder deren Ladungen andere oder höhere Abgaben zu legen. „Andere Abgaben“ das sind eben Befahrungsabgaben; sie können fremden, aber nicht deutschen Schiffen auferlegt werden. Es ist nicht

leicht abzusehen, welchen Sinn das Wort „andere“ sonst haben sollte.

Was nun die besonderen völkerrechtlichen Abmachungen Preussens hinsichtlich des Rheins anlangt, so enthalten die Friedensverträge mit Bayern, Hessen und Baden von 1866 die gleichlautende Vereinbarung, dass diese Staaten vom 1. Januar 1867 ab die Erhebung von Schiffahrtsabgaben auf dem Rhein und auf dem Main völlig einstellen. Diese gegenseitige Verpflichtung bezog sich freilich nur auf diejenigen Abgaben, welche damals noch bestanden; aber es würde gegen Treu und Glauben verstossen und Tendenz und Sinn der Vereinbarung verletzen, wenn einer der kontrahierenden Staaten ohne Zustimmung aller anderen neue Abgaben an Stelle der „völlig aufgehobenen“ einführen würde. Die „völlige Aufhebung“ wäre in diesem Falle illusorisch.

Ausser den deutschen Rheinuferstaaten hatten auch die Niederlande und Frankreich im Wege der Landesgesetzgebung die Rheinschiffahrtsabgaben aufgehoben. Aber es bestand keine vertragsmässige Verpflichtung, dies nicht wieder zu ändern. Die deutschen Staaten sowohl, falls sie sich darüber verständigten, als auch die anderen Rheinuferstaaten, hätten die konventionsmässigen Zölle der früheren Rheinschiffahrtsordnung wieder in Kraft setzen können. Um dies auszuschliessen, musste die Abgabefreiheit der Rheinschiffahrt durch einen neuen Staatsvertrag sämtlicher Rheinuferstaaten sichergestellt werden. Dieser Vertrag ist die revidierte Rheinschiffahrtsakte vom 17. Oktober 1868. Er enthält im Artikel 3 die Vereinbarung, „dass auf dem Rhein und seinen Nebenflüssen, soweit sie im Gebiete der vertragenden Staaten liegen, eine Abgabe, welche sich lediglich auf die Tatsache der Beschiffung gründet, weder von den Schiffen oder deren Ladungen, noch von den Flössen erhoben werden darf“.

Man sollte meinen, dass die „Tatsache der Beschiffung“ für

jeden, der den Artikel unbefangen liest, nichts anderes als die Befahrung ist. Der preussische Entwurf lautet auch kurz und bündig: „Für die Befahrung des Rheins darf eine Abgabe weder von den Schiffen oder ihren Ladungen, noch von den Flössen erhoben werden." Aber aus der Abweichung des Textes der Akte von dem preussischen Entwurf sucht PETERS für seine Ansicht Kapital zu schlagen. Er meint, dass wenn man die Befahrungsabgaben auf dem Rhein schlechterdings ausschliessen wollte, man die Fassung des preussischen Entwurfs hätte beibehalten können und er gelangt mit einer gewundenen Ausführung voller Willkürlichkeiten zu dem Schluss, dass die revidierte Rheinschiffahrtsakte Befahrungsabgaben als Entgelt für die Rheinkorrektion nicht ausschliesse. In dem vorhin erwähnten, soeben erschienenen Aufsatz von OTTO MAYER ist auch dieses Gewebe zerstört. In dem preussischen Entwurf stand im Artikel 2 das Verbot der Befahrungsabgaben in der angegebenen Formulierung. Derselbe Entwurf enthielt im Artikel 4 mit besonderer Beziehung auf die niederländischen Wasserstrassen die Klausel, dass Abgaben, welche sich lediglich auf die Tatsache der Beschiffung gründen, ausgeschlossen seien. Beide Formulierungen bedeuteten genau dasselbe. Da aber diese zweifache Anordnung ein Redaktionsfehler war, so zog man bei der Feststellung des Textes die beiden Artikel in den jetzigen Artikel 3 zusammen und hat in diesem die letztere Formel des preussischen Entwurfes beibehalten, ohne in dieselbe einen anderen Sinn hineinzugeheimnissen, als er im preussischen Entwurf hatte. Diesen Ausführungen von OTTO MAYER möchte ich meinerseits noch hinzufügen, dass die Formel der Rheinschiffahrtsakte wohl deshalb gewählt worden ist, weil sie buchstäblich ebenso im Pariser Frieden vom 30. März 1856, Artikel 16, Absatz 2, sich findet. Sie ist überhaupt die traditionelle Formel der völkerrechtlichen Verträge geworden, um Befahrungsabgaben auszuschliessen und kehrt in gleicher Fassung wieder in der Kongo-

akte, Artikel 12, Absatz 3, hinsichtlich des Kongo und Artikel 27, Absatz 1, hinsichtlich des Niger. Es wäre auch unbegreiflich gewesen, dass die Regierungen der Rheinuferstaaten, nachdem die Befreiung des Rheins von allen Befahrungsabgaben in allen Staaten tatsächlich erreicht war, bei dem völkerrechtlichen Akte, welcher diesen Zustand gegen die einseitige Abänderung eines dieser Staaten sicherstellen sollte, die Wiedereinführung von solchen Abgaben gestattet haben sollten. Vorbehalten ist nur im Artikel 27 der Rheinschiffahrtsakte die Erhebung eines Entgeltes zur Bestreitung der notwendigen Unterhaltungs- und Beaufsichtigungskosten der nötigen Einrichtungen zur Erleichterung der Ein- und Ausladung und zur Niederlegung der Waren, aber nur so weit, als von den Anstalten wirklich Gebrauch gemacht wird. Man wird kaum bestreiten können, dass die „nötigen Einrichtungen“ den „besonderen Anstalten“ des Artikels 54 der Reichsverfassung entsprechen und den Gegensatz bilden zu den im Artikel 3 der Akte verbotenen Befahrungsabgaben. Hätte man Gebühren für die Vertiefung der Fahrrinne oder für Korrektionen der Wasserstrasse zulassen wollen, so hätte man sie im Artikel 27 nicht mit Stillschweigen übergehen können. Weder die Friedensverträge, noch die Rheinschiffahrtsakte machen einen Unterschied zwischen Seeschiffen und Binnenfahrzeugen. Sie finden auf beide gleichmässig Anwendung. Wenn also Seeschiffe den Rhein aufwärts bis in das Bundesgebiet fahren, so kommen auf sie die Bestimmungen der Rheinschiffahrtsakte ebenso wie auf Flussschiffe zur Anwendung. Der Gegensatz zwischen Absatz 3 und Absatz 4 des Artikels 54 der Reichsverfassung kommt bei der Befahrung des Rheins nicht in Betracht.

Durch die Friedensverträge von 1866 und die Rheinschiffahrtsakte ist unter den Kontrahenten ein spezielles vertragsmässiges Rechtsverhältnis begründet worden, welches durch die Reichsverfassung auch hinsichtlich der deutschen Rheinuferstaaten nicht beseitigt worden ist. Denn die Reichsverfassung beschränkt

die Vertragsfreiheit der Einzelstaaten nur insoweit, dass ihre Verträge nicht gegen Reichsgesetze verstossen oder in die ausschliessliche Zuständigkeit des Reiches eingreifen dürfen. Daher sind auch die zwischen Preussen und den anderen Rheinuferstaaten vor Gründung des Reiches abgeschlossenen Verträge in Geltung geblieben, soweit sie nicht der Reichsverfassung widersprechen. Selbst wenn ein Reichsgesetz die Einführung von Befahrungsabgaben auf den regulierten Strömen erlauben würde oder man Artikel 54, Absatz 4, in diesem Sinne auslegen dürfte, würde die vertragsmässige Verpflichtung der Rheinuferstaaten, von dieser Erlaubnis keinen Gebrauch zu machen, fortbestehen. Nur wenn ein Reichsgesetz die Erhebung von Befahrungsabgaben auf den regulierten Flüssen oder speziell auf dem Rhein befehlen würde, müssten die deutschen Staaten diese Anordnung befolgen. Dagegen können die Einzelstaaten gegen das im Artikel 54 Absatz 4 enthaltene Verbot, Befahrungsabgaben durch Vereinbarungen, welche sie untereinander schliessen, nicht einführen und — selbst .wenn dieses Verbot nicht entgegenstehen würde — sich von den durch die Rheinschiffahrtsakte übernommenen Verpflichtungen nicht ohne die Zustimmung aller derjenigen Staaten lossagen, welche diesen Staatsvertrag abgeschlossen haben.

Für die Schiffahrt auf der Elbe ergibt sich das gleiche Resultat. Ausser dem bereits erwähnten Vertrage mit Oesterreich kommt für das Gebiet des ehemaligen Königreichs Hannover der Vertrag vom 22. Juni 1861 über die Aufhebung des Stader Zolles in Betracht. Der Vertrag ist abgeschlossen zwischen Hannover und siebzehn Staaten, zu denen fast alle Seeschiffahrt treibenden Staaten Europas gehören. Sie alle haben zu der Abfindungssumme von fast 3 000 000 Talern, welche Hannover erhielt, nach Verhältnis beigetragen. In dem Vertrage verpflichtete sich Hannover, an Stelle des aufgehobenen Zolles keinerlei neue Abgabe, von welcher Natur sie sei, auf das Schiff

oder die Ladung der die Elbe auf- oder abwärts befahrenden Schiffe zu legen. Hannover verpflichtete sich ferner, wie bisher und nach dem Masse seiner bestehenden Verpflichtungen zur Erhaltungen der Anstalten, welche zur freien Schiffahrt auf der Elbe erforderlich sind und für die dafür aufgewendeten Kosten keine Abgaben als Gegenleistung einzuführen. Diese Verpflichtungen sind nach den Grundsätzen der Staatensukzession auf Preussen übergegangen. Preussen kann daher auf der Strecke der Elbe in der Provinz Hannover keine Befahrungsabgabe ohne Zustimmung sämtlicher an dem Vertrage von 1861 beteiligten Staaten einführen (vgl. WITTMAACK u. a. O. S. 160) und ohne Zustimmung Oesterreichs überhaupt nicht. Es würde dadurch nicht nur die Reichsverfassung, sondern seine völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzen.

Wenn die bisherigen Erörterungen sich mit der Auslegung des Artikels 54 Absatz 4 der Reichsverfassung und den damit übereinstimmenden Staatsverträgen beschäftigt haben, so würde die Beschränkung auf diese Interpretation der Bedeutung der Frage nicht gerecht werden und sie keineswegs erschöpfen. Dieselbe trifft vielmehr den innersten Kern der Reichsverfassung. Das Verhältnis des Reiches zu den Einzelstaaten ist in jedem Bundesstaat das wichtigste und für sein Wesen besonders charakteristische Moment. Es ist der eigentliche Grundpfeiler seiner Verfassung und bestimmt seine Eigenart. Es muss ihm daher eine besondere Festigkeit zukommen, jede unberechtigte Verletzung der verfassungsmässig errichteten zwischenstaatlichen Rechtsordnung erschüttert diese in ihren Fundamenten.

Die Erhebung von Schiffahrtsabgaben berührt ausser der besonderen Vorschrift des Artikels 54 der Reichsverfassung noch zwei andere Bestimmungen derselben: Artikel 4 Ziffer 9 und Artikel 78 Absatz 1. Die erste dieser beiden Bestimmungen unterwirft die Fluss- und sonstigen Wasserzölle der Beaufsich-

tigung und Gesetzgebung des Reiches. Dass unter den Fluss- und sonstigen Wasserzöllen alle Schiffahrtsabgaben zu verstehen sind, ist zweifellos und unbestritten. Die dem Reich hier zugewiesene Gesetzgebungskompetenz ist eine fakultative, d. h. so lange das Reich von seiner Gesetzgebungsbefugnis noch keinen Gebrauch gemacht hat, besteht die Autonomie der Einzelstaaten noch fort. Dieselbe hat aber ihre Schranken nicht nur an den Reichsgesetzen, also im vorliegenden Falle am Artikel 54 Absatz 4, sondern auch an dem bundesstaatlichen Verhältnis der Einzelstaaten und der Gemeinschaft ihrer Interessen. Dazu hat das Reich ausser dem Gesetzgebungsrecht das Recht der Beaufsichtigung. Mittels desselben soll das Reich die Einzelstaaten überwachen und dafür sorgen, dass nicht einer oder einige von ihnen durch ihr Verhalten die Gesamtinteressen des Reiches oder die Interessen der anderen Staaten schädigen. Da es den Bundesmitgliedern nicht freisteht, völkerrechtliche Mittel gegeneinander in Anwendung zu bringen und da ein gesicherter Rechts- und Friedenszustand unter allen verbündeten Staaten der wesentliche Zweck und die wesentliche Voraussetzung ihrer bundesstaatlichen Vereinigung ist, so müssen alle, auch die mächtigsten Bundesglieder, auf die rücksichtslose Verfolgung ihrer Sonderinteressen verzichten, insoweit dadurch die Interessen anderer Bundesglieder geschädigt werden. Da nun jeder schiffbare Fluss eine einheitliche Wasserstrasse bildet, jede von einem Staat an einer Stelle oder für eine Strecke seines Laufes erhobene Abgabe daher auch die Interessen der anderen Staaten, durch deren Gebiet oder an deren Grenzen der Fluss läuft, unmittelbar mitbetrifft, so ergibt sich schon aus dieser Gemeinschaft der Schiffahrtsinteressen, dass die Willkür der einzelnen Staaten nicht frei walten kann. Zur Verhütung von Kollisonen unter den Interessen der Einzelstaaten, welche durch autonomische Anordnungen der Einzelstaaten entstehen können, hat das Reich eben das Recht zur Beaufsichtigung und Gesetzgebung hinsichtlich der

Fluss- und Wasserzölle. Wenn die Beaufsichtigung irgend einen praktischen Wert haben soll, so kann sie nicht darauf beschränkt sein, dass die Reichsorgane von den Massregeln der Einzelstaaten Kenntnis erhalten, sondern dass sie sie abwenden, falls sie die Interessen des Reiches oder das bundesfreundliche Verhältnis unter den Bundesstaaten stören. Wenn eine Angelegenheit, welche, wie die Fluss- und Wasserzölle auf den deutschen Strömen, mehrere Bundesstaaten unmittelbar und alle Staaten mittelbar betrifft, der Gesetzgebung des Reiches unterworfen worden ist, so widerspricht es der Tendenz dieser Vorschrift, dass ein einzelner Staat der Neuregelung der Angelegenheit durch das Reich vorgreift. Nur auf dem Wege der Reichsgesetzgebung kann die Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Interessen der einzelnen Staaten und Bevölkerungsgruppen zur Geltung kommen und Ausgleichung finden. Auch wenn Preussen mit denjenigen Staaten, durch deren Gebiete ein gemeinschaftlicher Strom fliesst, über die auf diesem Strom zu erhebenden Abgaben eine Vereinbarung treffen würde, wäre dies ein Rückfall in die Zeit des Staatenbundes, in den Partikularismus und die Selbstherrlichkeit der Einzelstaaten, eine Verletzung der Rechte des Bundesrates und des Reichstages, eine Verkümmerung des Reichsgedankens und eine Umgehung der Reichskompetenz.

Diese Erwägungen würden selbst dann zutreffen, wenn die Verfassung das Verbot, Befahrungsabgaben auf den natürlichen Wasserstrassen zu erheben, im Artikel 54 nicht enthalten würde. Da dies aber der Fall ist, so kommt Artikel 78 Absatz 1, der Reichsverfassung in Betracht. Eine Abänderung der Reichsverfassung ist nur zulässig, wenn sich nicht 14 Stimmen im Bundesrat dagegen erklären, und wenn der Reichstag zustimmt; darin liegt die wichtigste und wirkungsvollste Garantie der verfassungsmässigen Rechte der deutschen Bundesstaaten. Das Veto der 14 Stimmen ist mit grosser Feinheit ausgedacht. Es war

bei den staatlichen Zuständen in Deutschland unmöglich, die Fortbildung und Abänderung der Verfassung davon abhängig zu machen, dass sämtliche Staaten zustimmen und jeder einzelne, auch der kleinste, ein Recht des Widerspruchs habe. Andererseits aber bedurften die deutschen Staaten, vor allem Preussen selbst, eines Rechtsschutzes dagegen, dass nicht eine Majorität der Stimmen im Bundesrat in Verbindung mit einer Majorität des Reichstages die Grundlagen umstösst, auf denen das Reich ruht, und die Bestimmungen seiner Verfassung abändert. In allen Staaten sind Verfassungsänderungen im Vergleich mit gewöhnlichen Gesetzen in irgendeiner Art erschwert, und dadurch ist der Bestand der Verfassungen gesichert. Im Deutschen Reich besteht diese Garantie einzig und allein in dem Veto der 14 Stimmen im Bundesrat. Dies gewährt Preussen und ebenso jeder Gruppe von Staaten, welche im Reich besondere Interessen haben können, wenn diese Gruppe so bedeutend ist, dass sie über 14 Stimmen verfügt, Schutz gegen eine Vergewaltigung durch Majoritätsbeschlüsse. Das Veto der 14 Stimmen bildet gleichsam die Verankerung der Reichsverfassung zum Schutz gegen momentane Strömungen. Was von einer Veränderung der Reichsverfassung gilt, gilt auch von einer authentischen Deklaration derselben, welche sachlich einer Veränderung der Verfassung gleichkommen kann; auch sie ist an die Formen der Verfassungsänderung gebunden, also bei dem Widerspruch von 14 Stimmen im Bundesrat und ohne Zustimmung des Reichstages unmöglich.

Dagegen kann der Bundesrat die Auslegung einer zweifelhaften Anordnung der Reichsverfassung mit einfacher Stimmenmehrheit beschliessen. Bestreiten kann man aber alles und die klarste und unzweideutigste Bestimmung in ihr Gegenteil verkehren, wenn man den moralischen Mut dazu besitzt. Dadurch kann die wichtigste Garantie der verfassungsmässigen Rechte der deutschen Bundesstaaten illusorisch gemacht werden. Man kann

dadurch einen augenblicklichen Erfolg erreichen, aber unabsehbare Folgen heraufbeschwören. Was anderes als eine Verletzung des Artikel 78 wäre es, wenn man den verfassungsmässigen Weg einer Verfassungsänderung dadurch umginge, dass man eine an sich klare Bestimmung der Verfassung mit dialektischen Kunstgriffen für zweifelhaft erklärt, ihren bisher unbestrittenen Sinn bestreitet und ihn durch eine willkürliche Auslegung in sein Gegenteil verkehrt? Die preussische Regierung hat infolge ihres politischen Einflusses insbesondere auf die zahlreichen mittel- und norddeutschen Staaten regelmässig die Majorität der Bundesratsstimmen zur Verfügung; um so mehr muss sie sich hüten, diese Macht zur Umgehung des Artikel 78 der Reichsverfassung zu missbrauchen. Sie würde dadurch das Fundament erschüttern, auf welchem das Bundesverhältnis ruht: das feste Vertrauen auf die Bundestreue und die Unverbrüchlichkeit der Reichsverfassung.

Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums.

(Vortrag gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 6. März 1907)

von

OTTO MAYER.

Die Freude des Mannes, der das Pulver erfunden hat oder die drahtlose Telegraphie, ist dem Juristen versagt. In der Rechtswissenschaft gibt es keine Erfinder oder sollte es sie wenigstens nicht geben. Nur was das Leben wirksam und schaffend an Rechtsstoff schon enthält, weist sie auf und beschreibt sie.

Noch mehr: auch die Art, wie sie das beschreibt, die Begriffe, mit welchen sie das Vorgefundene zu erfassen und zu Verständnis und sicherer Beherrschung zu bringen sucht, sie werden besser von ihrem Vertreter nicht auf den Markt gebracht mit der frohen Verkündigung: dieses habe ich im stillen Kämmerlein ersonnen als etwas Neues, Bahnbrechendes. Sondern der Sache dient es mehr, wenn er sagen kann: hier ist eine alte erprobte Denkmaschine; seht zu, ob sie nicht jetzt noch zu brauchen ist.

Handelt es sich um die Fortentwicklung unseres heutigen öffentlichen Rechts, so findet man solche Begriffsbilder natürlich nicht wohl durch Nachgraben in unserer eigenen Geschichte. Vielmehr hat uns das Schicksal dafür unsere zwei grossen Lehr-

meister beigegeben: die Römer und die Franzosen.

Vor zwanzig Jahren, als meinem Versuch, die Mannigfaltigkeit des Verwaltungsaktes darzulegen, der „machtvolle einheitliche Begriff des Befehles" in den Weg gestellt werden sollte, mussten mir die contrats administratifs und die pacta censoria zu Hilfe kommen, beides obrigkeitliche Verfügungen und doch ob ihrer äusseren Vertragsgestalt von der starren Form des Befehls so weit entfernt als möglich [1]. Seitdem ist der wichtige Prozess der Differenzierung gewaltig vorwärts geschritten. Auch mein verehrter Gegner von damals zählt jetzt in seinem Staatsrecht des deutschen Reichs so vielerlei Arten von Verfügungen auf, dass das System der Rechtsgeschäfte des Zivilrechts sein vollwertiges Seitenstück darin finden mag [2].

Auch heute noch allerdings sind wir mit der Entfaltung der Rechtsinstitute unseres Verwaltungsrechts zu keinem rechten Abschluss gekommen und der Punkt, an dem die Sache stockt, lässt sich wieder mit voller Genauigkeit bezeichnen: es ist das öffentliche Sachenrecht, vor allem die führende Idee, das öffentliche Eigentum. Fleiner bemerkte jüngst in seiner Tübinger Antrittsvorlesung ganz mit Recht: ich hätte gerade mit dieser Lehre keinen völligen Erfolg gehabt [3]. Wären es bloss meine Gedanken, so würde ich gerne sagen: sie werden eben nicht richtig sein. Aber so ist es nicht; ich vertrete wieder nur die Gedanken derselben grossen Vorbilder, die ich vor zwanzig Jahren angerufen habe.

Worum handelt es sich? Um ein öffentlichrecht-

---

[1] Arch. f. öff. R. II S. 155 (Laband); Arch. f. öff. R. III S. 1 ff. (Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage).

[2] Laband St.R. d. deutsch. Reichs II S. 179.

[3] Fleiner, Die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht S. 16. Diese Abhandlung gibt einen ganz vortrefflichen Ueberblick der Entwicklung unseres Verwaltungsrechtes, klar und tiefgehend zugleich.

liches Rechtsinstitut. Wir unterscheiden ein solches von seinen zivilrechtlichen Seitenstücken dadurch, dass es gebaut ist auf der Grundlage der Ungleichwertigkeit der beteiligten Rechtssubjekte, des Staaates und des Untertans. Nun sagt man wohl: ein öffentliches Sachenrecht ist unmöglich; denn befehlen kann man nur Menschen, nicht Sachen [4]. Ich denke aber: auch Zivilrechtsverhältnisse bestehen nur zwischen Menschen (und, ihnen gleichgerechnet, juristischen Personen). Was man Sachenrecht nennt, ist nichts als die Regelung menschlicher Rechtsbeziehungen, welche die Macht über Sachen begleiten. Steht diese Regelung auf der Grundlage der Gleichwertigkeit, so ist sie zivilrechtlicher, andernfalls öffentlichrechtlicher Natur. Eigentumserwerb durch rechtsgeschäftliche Uebertragung ist ein sachenrechtliches Institut zivilrechtlicher Art, weil das dabei erscheinende Verhältnis zwischen dem alten und neuen Eigentümer nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit geregelt ist; Enteignung ist ein sachenrechtliches — oder was sonst? — Institut öffentlich-rechtlicher Art, weil das Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Eigentümer, der jenen durch seinen Machtspruch verdrängt, die Ungleichwertigkeit zur Grundlage hat. Und dem entsprechend: werden die Verhältnisse, in welche der Herr der Sache als solcher zu andern Rechtssubjekten tritt, zivilrechtlich geregelt, so nennen wir das Eigentum selbst ein zivilrechtliches; finden dagegen diese Verhältnisse ihre Regelung durch das öffentliche Recht, so muss das Eigentum ein öffentlich-rechtliches heissen. Das letztere wird da zutreffen, wo alle durch das gleichstellende Privatrecht geordneten Erwerbe und Einwirkungen Dritter dem Herrn der Sache gegenüber ausgeschlossen und dafür seine einseitigen Verfügungen, Verleihungen, Gewährungen allein massgebend sind, der Rechtsschutz aber von ihm gehandhabt wird einseitig durch seine Selbsthilfe.

[4] JELLINEK im Verw. Arch. V S. 311; derselbe, Allg. Staatslehre S. 386.

Es sollte nicht behauptet werden können, dass das öffentliche Eigentum, in diesem Sinne verstanden, ein Gedanke ist, der in des Menschen Hirn nicht passt. Und ebensowenig ist es zu bestreiten, dass die ihm entsprechenden äusserlichen Ordnungen in der Wirklichkeit unseres Rechtes in weitem Umfange zu Tage getreten sind und noch zu Tage treten.

Mit voller Klarheit aber erscheint das Reebtsinstitut in der bekannten Lehre des französischen Rechts vom domaine public. Die dazu gehörigen Sachen: Strassen, Festungswerke u. s. w. ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, das will sagen: die dabei sich ergebenden Rechtsbeziehungen regeln sich nicht nach Privatrecht; geregelt sind sie natürlich doch, aber eben nach öffentlichem Recht, das öffentliche Eigentum ist öffentlich-rechtliches Eigentum. Wer es aber für eine Forderung nationaler Tugendhaftigkeit hält, von den Franzosen nichts zu lernen, der mag sich am römischen Recht erbauen, wo zur Zeit der Republik die Idee des öffentlichen Eigentums in voller Kraft und Reinheit sich verwirklicht findet. Der vollkommene Parallelismus des Systems öffentlicher Rechtsinstitute, das sich damals neben den zivilrechtlichen hinzog, ist schon öfter hervorgehoben worden. „Wenn die Grundbegriffe des Vermögensrechts, sagt MOMMSEN[5], gleichmässig auf die Gemeinde wie auf die einzelnen Bürger bezogen werden, Eigentum, Forderung, Erbschaft auch auf den Staat Anwendung finden, so steht die positive Ausgestaltung derselben in den beiden Rechtskreisen fast durchgängig mit einander in prinzipiellem und praktischem Widerspruch.“ Die überall hervortretende majestas populi Romani macht den Unterschied und kommt insbesondere bei der Frage des Rechtsschutzes zum Vorschein. KARLOWA in seiner Römischen Rechtsgeschichte[6]

---

[5] Abriss des Römischen St.R. S. 366. Vgl. derselbe, Röm. St.R. I S. 162 ff.; ELVERS, Röm. Servitutenlehre S. 267 ff.; WEISKE, Rechtslexikon X S. 239 ff.

[6] Bd. II S. 1 ff.

hat dies gerade für das öffentliche Eigentum genauer beschrieben. „Auch wo der populus als Subjekt von Eigentum erscheint, sagt er, ist es zwar nicht der populus als Inhaber eines imperium über die Bürger, aber immer die von den Privatpersonen begrifflich verschiedene publica persona κατ' ἐξοχήν, welche in Frage kommt...“ „Res publica in diesem Sinne sind nicht bloss quae publico usui relictae sunt, sondern auch quae in pecunia populi sunt. Das entspricht der republikanischen Anschauung, die zwischen dem Staat als politischem Machthaber und dem Staat als Subjekt gewöhnlicher Privatrechte nicht unterscheidet.“ Auch das Eigentum des populus an Sachen, die nicht im Gemeingebrauch sind, unterscheidet sich charakteristisch von dem Eigentum der Privaten; auch sie sind extra commercium: keine actio finium regundorum mit angrenzenden Grundstücken von Privaten, die Censoren machen das nach Verwaltungsrecht; keine actio aquae pluviae arcendae gegen das staatliche Grundstück; keine Anwendbarkeit der privatrechtlichen Ordnung für Ueberhang und Ueberfall, keine privaten Servitutrechte — dafür „quasiservitutorische Befugnisse“, welche den Einzelnen durch Verfügung der Magistrate eingeräumt werden können [7].

Nun so ungefähr sagen wir es ja auch, nur mit ein bischen andern Worten und zwar, wie mir scheint, deutlicher und einfacher.

Die weitere Entwicklung hat dann freilich davon abgeführt.

Der erste Schritt geschah schon im alten römischen Reich selbst. Mit Einführung des Prinzipats und Aufkommen des damit verbundenen Fiskusbegriffes eröffnete sich die Möglichkeit, das gewöhnliche Zivilrecht auch auf Sachen anzuwenden, welche staatlichen Zwecken dienen. Die res fiscales, die kaiserlichen Sachen, werden wenigstens zum Teil so behandelt [8]. Wo

[7] a. a. O. S. 4.

[8] l. 2 § 4 D. 43, 8: res enim fiscales quasi propriae et privatae Principis sunt.

die Grenze läuft, ist mir im einzelnen nicht klar geworden; vielleicht hat der Punkt überhaupt noch nicht genügend durchforscht werden können. Wo es darauf ankam, die Sache gegenüber den planlosen Einwirkungen des Zivilrechts für ihren Zweck zu sichern, wird man daran festgehalten haben (vielleicht mit Zuhilfenahme der Fiktion einer Uebertragung an den populus), dass sie nach Art der alten publica res zu behandeln sei. Bei den kaiserlichen Strassen z. B. war das gewiss der Fall. Jedenfalls ist hier der Ausgangspunkt gegeben für den noch jetzt lebendigen Gedanken, den namentlich auch das französische Recht bewahrt, dass der Staat zweierlei Eigentum hat, ein öffentlich-rechtliches, wie er allein es haben kann und ausser ihm nur etwa die Gemeinde, und ein zivilrechtliches, wie jeder Privatmann.

Bei uns aber hat sich nachher der grosse Umschlag vollzogen, dass wiederum eine einheitliche Gesamtauffassung vom Staatseigentum entstand, die aber jetzt ihren Schwerpunkt ausschliesslich auf die zivilrechtliche Seite liegt. Die ursprünglich allein herrschende Idee des öffentlichrechtlichen Eigentums erlosch gänzlich. Wenn sie jetzt so starkem Widerspruche begegnet, so liegt das nicht daran, dass man die entsprechende praktische Gestaltung der Dinge bei uns nicht mehr für zweckmässig hielte; im Gegenteil, man streckt sich angestrengtest darnach, um mit anderen Mitteln für die besonders zu sichernden Sachen wenigstens annähernd ein solches Ergebnis zu erreichen. Der Grund ist vielmehr einzig, eine geschichtlich erworbene Unzugänglichkeit der deutschen Juristen für diesen Gedanken. Der Theologe würde sagen: weil sie ihre Herzen verhärtet haben, hören sie nicht. Der Rechtsgelehrte fasst das natürlich anders auf; ihm ist dergleichen immer eine sehr bedeutsame Erscheinung, die er suchen muss zu verstehen. Und das soll nicht schwer sein.

Als nach den dunkeln Jahrhunderten endlich der moderne

Staat bei uns sich ausbildete, hatten die Juristen das römische Zivilrecht rezipiert, für das römische Verwaltungsrecht fehlte jegliches Verständnis; hatte man ja doch den Schlüssel nicht, der allein es erschliessen konnte, den rechten Staatssinn. So machte man sich eben aus dem Staat den Fiskus zurecht, den man in zivilrechtliche Ordnung zu bringen wusste, jenseits trieb sich dann der eigentliche Staat herum, rechtlos, eine unbändige Macht, mit der nichts anzufangen war. Aus den res publicae aber wird jetzt ein Ding, das das römische Recht nicht kannte[9]. Gewisse Sachen des Fiskus sollen extra commercium sein, d. h. nicht nach den gewöhnlichen Regeln des Zivilrechts veräusssert, ersessen oder belastet werden können. Für die schwankende Abgrenzung dieser Sachen sucht man zufällige Anknüpfungen im corpus juris; Zweckmässigkeitsgedanken sind es offenbar wieder, die eigentlich führen; denn das Recht der Republik machte überhaupt keine solche Abgrenzung unter den Sachen des Staates, und wie die Kaiserzeit sie machte, wusste doch niemand zu sagen. Vor allem: die alte publica res war extra commercium, weil sie überhaupt ausserhalb des Privatrechts stand; die publica res der modernen Pandektenlehre stand im privatrechtlichen Eigentum des Staates und auf dem Boden des Privatrechts; nur war sie vermöge eines für sie geltenden privatrechtlichen jus singulare gewissen Rechtsinstituten entzogen [10].

---

[9] Das Bewusstsein der völligen Unvereinbarkeit der modernen Pandektenlehre von den res publicae und dem wirklichen römischen Recht kommt schon bei dem ehrlichen KREITTMAYR, Anm. über den Cod. Max. II § 5 zum Ausdruck: „Wer sich von all diesen Dingen nett und deutlichen Begriff machen will, der muss das Corpus Juris Romani nicht zum Lehrbuch gebrauchen; denn es siehet sehr verwirrt, finster und mangelhaft darin aus. Das wenigste schickt sich auf unseren heutigen Staat.“

[10] So die wohlgefestigte Lehre der älteren Pandektisten: PUCHTA § 35, ARNDTS § 49, BRINZ § 50, WINDSCHEID § 146. Vgl. auch: ROTH, Bayr. Civ. R. § 54, SEUFFERT, Prakt. Pand. R. § 57.

Nähere Untersuchung zeigte allmählich, dass die Verkehrsentzogenheit keine so unbedingte war. Wenn der öffentliche Weg nur kraft einer dem Staate zustehenden Servitut besteht, kann selbstverständlich das darunter liegende Privateigentum veräussert werden. Aber auch wo volles öffentliches Eigentum vorliegt, kann die Verwaltungsbehörde besondere Nutzungsrechte daran verleihen, kann die Staatsstrasse zur Gemeindestrasse gemacht werden. Also, sagte man, indem man diese sehr verschiedenen Dinge in einen Topf warf, ist die öffentliche Sache nicht eigentlich verkehrsentzogen, sondern nur verkehrsbeschränkt, und einigte sich schliesslich auf den opportunistischen Satz: die öffentliche Sache ist unfähig, ihrer Zweckbestimmung durch Akte privatrechtlicher Natur entzogen zu werden [11]. Die Besonderheit der öffentlichen Sache war immer noch ganz privatrechtlich gedacht, der Zivilrichter entschied nach seinem Ermessen, welche Privatrechte an ihr mit ihrer Zweckbestimmung verträglich seien, welche nicht. Auf keinen Fall hätte man bei dieser Auffassung auf die Dauer stehen bleiben können; deshalb nicht, weil sie nicht nur sehr verschwommen, sondern auch höchst unpraktisch war.

Nun aber vergegenwärtige man sich: wie es noch so liegt, da schlägt das grosse Ereignis des Bürgerlichen Gesetzbuchs mitten hinein und verlangt unbarmherzig die sofortige Entscheidung. Denn nach Art. 55 des Einführungsgesetzes treten die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Kraft; nur für das Wasserrecht gewährt Art. 65 noch Spielraum; im übrigen gilt für alle Sachen ohne Unterschied das gleiche gemeine

[11] Dernburg, Pand. I § 71, Regelsberger, Pand. I S. 425, Ubbelohde Forts. von Glück, Buch 43 und 44, IV S. 68 und 71; Stobbe, d. Priv.R. § 64; Randa, EigentumsR. nach Oestr. R. S. 30, 33, 38. Wappäus, dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 46 prägt den Ausdruck „partiell extrakommerziale Sachen". Vgl. auch: v. Brauchitsch, Verw.Gesetze IV S. 3. Bering, die Rechte an öffentl. Wegen S. 2; PrOVG. 20. Febr. 88 (Entsch. XVII S. 32), 21. März 88 (Entsch. XII S. 282).

Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das bedeutet die Unmöglichkeit des alten privatrechtlich gedachten jus singulare der öffentlichen Sachen. Stünden sie, wie bei den Römern und Franzosen, ausserhalb der zivilrechtlichen Rechtsordnung, so ginge das Bürgerliche Gesetzbuch an ihnen vorbei; denn für öffentlich-rechtliche Dinge etwas zu ordnen, hat es sich ja geradezu ängstlich gehütet. So aber sind sie mit erfasst.

Nun müsste das einfach ertragen werden, wenn es sich bloss darum handelte, festgewurzelte Anschauungen und liebgewordene Vorstellungsweisen zu beseitigen. Das sind Preise, die man immer zahlen muss für die Wohltat umfassender Neuregelungen. Aber so ist es nicht. Sachliche Interessen sind in Frage. Das Zweckmässigkeitsgefühl sträubt sich dagegen, dass so wichtige Einrichtungen künftig abhängig werden sollen von den Zufälligkeiten zivilrechtlicher Rechtsbegründungen und prozessualer Vorwirkungen. Man konnte gespannt sein, wie unsere zivilrechtliche Doktrin sich mit diesem Konflikte abfinden würde.

Sie ist verschiedene Wege gegangen.

Der einfachste und geradeste ist ja der, ruhig die Folgerung zu ziehen und zu sagen: fiat justitia pereat mundus. Davor muss man als guter Jurist immer Achtung haben. So verfährt WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch der Pandektenrechts 1906. Eine eingehende Erörterung der Wirkung des BGB. führt hier zu dem unerfreulichen Endergebnis: „der besondere privatrechtliche Schutz solcher Sachen, wie ihn das gemeine Recht kannte, besteht nicht mehr"[12].

Im Gegensatz dazu glaubte BIERMANN, Giessener Rektoratsprogramm 1905[13] die bisherige Ordnung auf eine sehr einfache Weise retten zu können. Das Eigentum an der öffentlichen Sache ist, wie er gegen mich und LAYER festhält, streng privat-

[12] Bd. I § 147.

[13] Die öffentlichen Sachen S. 39 ff. (§ 7, II).

rechtlicher Natur. Aber dieses Eigentum kann nach Landesrecht „ein beschränktes“ sein, so zwar, dass gewisse rechtliche Verfügungen darüber, „Belastungen und Veräusserungen“, nichtig sind und Ersitzung ausgeschlossen ist. Derartige Bestimmungen, meint er, werden vom BGB. nicht berührt, weil sie öffentlich-rechtlicher Natur sind. Aber warum soll das öffentlich-rechtlicher Natur sein? Weil, sagt er, öffentliches Recht dasjenige ist, welches „dem Nutzen der Allgemeinheit dient oder staatliche oder sonstige obrigkeitliche Interessen schützt“ [14].

[14] BIERMANN a. a. O. S. 40 Note 1 beruft sich für seine Auffassung auf „die Mot. zum Entw. I des EG. z. BGB.“ den Ort gibt er nicht an. Die grundsätzliche Stellungnahme S. 146 spricht m. E. sehr deutlich gegen seine Auffassung und noch deutlicher, was zur Begründung des am nächsten hier einschlagenden Art. 66 (jetzt Art. 111) gesagt wird. Da heisst es S. 192: Es sei schwierig festzustellen, ob landesrechtliche Vorschriften, welche das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken (Kulturedikte, Forstordnungen, Bauordnungen u. s. w.) zivilrechtlicher Natur sind. Zur Beseitigung aller Zweifel soll ein Vorbehalt dafür gemacht werden. Aber „der Landesgesetzgebung auch die Macht einzuräumen, den rechtlichen Inhalt des Eigentums im öffentlichen Interesse zu beschränken, würde zu weit gehen und ist durch das publizistische Bedürfnis der Einzelstaaten nicht geboten. Durch eine solche Ausdehnung des Vorbehaltes würden die Landesgesetze zu Eingriffen in den privaten Rechtsverkehr ermächtigt werden, deren Gestattung mit Rücksicht auf die notwendige Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechtes unzulässig erscheint“. Dazu wird insbesondere hervorgehoben, dass sonst die Landesgesetzgebung zu viel Spielraum hätte „im öffentlichen Interesse“ das Eigentum „unveräusserlich zu machen“. Mir scheint, dass hier ganz genau das verworfen wird, was BIERMANN will.

BIERMANN knüpft an seine Anrufung der Motive zum EG. noch eine gegen mich gerichtete Bemerkung. Er gibt meine Ansicht richtig wieder der Ausschluss der Privatrechte von der Möglichkeit, die Sache zu erfassen, ist nur dann öffentlich-rechtlich, wenn er nicht selbständig angeordnet, sondern einfach die Folge ist der öffentlich-rechtlichen Herrschaft, in der die Sache steht und durch die sie ebensoweit von selber unzugänglich wird für die Wirkung privatrechtlicher Rechtsinstitute. BIERMANN fügt aber hinzu: „danach wäre eine baupolizeiliche Beschränkung des Grundeigentums wohl auch nicht öffentlich rechtlich.“ Das trifft mich nicht. Die Baupolizei beschränkt natürlich das Grundeigentum, sie beschränkt es

Auf diese Weise könnte man freilich ebensogut auch alle landesrechtlichen Bestimmungen über Ersitzung dem BGB. gegenüber aufrecht erhalten: bono publico usucapio introducta; vielleicht auch wären alle alten privilegia fisci damit zu retten. Ich habe seinerzeit vorausgesagt, dass derartige Rettungsversuche kommen würden [15]. Aber das sind Zwangstaufen, welche das BGB. natürlich nicht gelten lässt. —

Auch GIERKE hat inzwischen zu der Frage Stellung genommen, gründlich und gediegen wie immer [16]. Oeffentliche Sachen im eigentlichen Sinne sind ihm die dem Gemeingebrauch gewidmeten; die Festungswerke werden aber diesen gleichgestellt [17]. Alle stehen sie im privatrechtlichen Eigentum. Nur sind sie „in den Zustand einer objektiven Zweckgebundenheit versetzt und unterliegen dem Sachenrecht, nur innerhalb der Schranken, die hier das öffentliche Recht dem Privatrecht setzt, um die Erhaltung des Sachkörpers für den öffentlichen Gebrauch zu sichern“ [17]. Wie er sich das denkt, müssen wir versuchen uns klar zu machen; er drückt sich gern etwas vielseitig aus.

Wenn er z. B. davon spricht, dass die Sache in „ihrer Zugänglichkeit für das Privatrecht“ beschränkt werden und gewisse Rechte daran „auch durch Ersitzung nicht begründet werden können“ [18], so möchte man an eine privatrechtlich wirkende Verkehrsentzogenheit im Sinne BIERMANNS denken, die ja, wie gesagt, dem BGB. gegenüber ausgeschlossen wäre.

öffentlich-rechtlich, sie bedeutet nicht eine Herrschaft der öffentlichen Gewalt über die Sache — alles ganz richtig. Dafür bedeutet sie aber auch keinen Ausschluss des Privatrechtes und der Privatrechte, die nach wie vor auf die Sache frei einwirken. Es ist alles in Ordnung. BIERMANN muss mich hier irgend wie missverstanden haben.

[15] Arch. f. öff. R. Bd. XVI S. 56, 57.

[16] Deutsches Privatrecht II S. 20 ff.

[17] a. a. O. S. 23 Note 11.

[18] a. a. O. S. 24 Note 15.

Ferner könnte der Ausdruck: „die der Sache auferlegte öffentlich-rechtliche Last des Gemeingebrauchs“ [19] und manches Aehnliche [20] leicht missverstanden werden, als sei von einem förmlichen Rechtsanspruch gegen den Eigentümer die Rede, servitutartig, etwa wie die Festungsrayonlasten. Aber zu wessen Gunsten bestünde der Anspruch? Den Gemeingebrauch selbst im Sinne von IHERING zu personifizieren, ist GIERKE weit entfernt. Den Teilnehmern am Gemeingebrauch spricht er ausdrücklich ein unmittelbares Recht an der Sache ab [21]. Also würde man bei der Staatsstrasse z. B. ein lastberechtigtes Subjekt nur dann finden, wenn man als solches den Staat selbst von dem Fiskus absondert, der dann der belastete Eigentümer des Strassenbodens bleibt. So stellt ja WAPPÄUS, der Klassiker der Fiskuslehre, die Sache dar [22]: „Der Staat verbietet kraft seines Hoheitsrechtes dem Eigentümer, der er auch selbst sein kann in seiner Eigenschaft als Fiskus, die Ausübung seines Eigentums daran, soweit darin eine Gefährdung des Gemeingebrauchs zu sehen wäre“. GIERKE verwirft aber mit anerkennenswerter Deutlichkeit den ganzen Dualismus Fiskus-Staat [23]. Gerade die von ihm betonte Gleichstellung der Festungswerke macht ja die Sache ganz klar. Es handelt sich überall nur um eine bestimmte Art der Verwendung, welche der Eigentümer seiner Sache zu geben beliebt, nicht um eine ihm auferlegte Last.

Was GIERKE bei der „objektiven Zweckgebundenheit“ der Sache und der Beschränkung des Privatrechts an ihr durch das öffentliche Recht wirklich meint, dürfte vielmehr im wesentlichen übereinstimmen mit dem, was wir als den öffentlichrechtlichen Besitz bezeichnen, in welchem die Sache

[19] a. a. O. S. 24.
[20] a. a. O. S. 24 Note 17.
[21] a. a. O. S. 23 Note 11.
[22] Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 43.
[23] Deutsches Privatrecht I S. 477.

steht. Der Staat setzt seine öffentliche Gewalt dafür ein, um sie tatsächlich bei ihrem Zwecke zu erhalten. Er übt die Polizei der öffentlichen Sache, Strassenpolizei, Strompolizei, Festungspolizei, Kirchhofspolizei, Eisenbahnpolizei. Damit ist er imstande, soweit dieser Zweck sonst dadurch beeinträchtigt werden könnte, auch die Ausübung wirklicher Rechte zu verhindern, die an der Sache begründet sein mögen. Namentlich wenn ein bestehendes Privateigentum dadurch in seiner Geltendmachung gehemmt wird — die Strasse ist z. B. versehentlich über ein nicht enteignetes Privatgrundstück geführt worden — mag das wohl auch den äusseren Eindruck einer „öffentlichrechtlichen Last“ hervorbringen.

Gierke steht hier nicht allein. In der älteren und neueren Literatur fehlt es nicht an Versuchen, die ganze rechtliche Besonderheit der öffentlichen Sache darauf zurückzuführen, dass das daran bestehende Eigentum und sonstige Privatrecht unter Umständen gegenüber den vorherrschenden polizeilichen Rücksichten sich nicht durchzusetzen vermag und insbesondere der Schutz der Zivilgerichte ihm nicht zu Teil wird[24].

---

[24] Sehr deutlich in diesem Sinne Luthardt in Bl. f. adm. Praxis XX S. 321 ff. Insbesondere S. 326 Note 7: „diese auf staatspolizeilichen Rücksichten beruhende und mit polizeilichen Mitteln erzwingbare Bestimmung der Wege für den allgemeinen Gebrauch hat zwar tatsächlich die Folge, dass dieselben nicht veräussert werden; allein das ist keine privatrechtliche Unveräusserlichkeit, keine Beschränkung der Sache in ihrer Rechts- und Verkehrsfähigkeit, sondern eine aus dem Staatsrechte folgende Beschränkung des Eigentums.“ Daran knüpft er einen Tadel, dass „die Römer, welche sich ein in der Verfügbarkeit aus polizeilichen Rücksichten beschränktes Eigentum nicht denken konnten, zu dem salto mortale kamen, die Strassen extra commercium zu stellen. Man übersah dabei, dass die Beschränkung nicht im Privatrecht, sondern im Staats- und Verwaltungsrechte wurzelte und nicht der Sache, sondern dem Eigentümer anklebte“. Das ist entschieden ungerecht. — Wegen der Festungswerke scheint diese Auffassung zu teilen Goez, Verw.R.Pflege in Württemb. S. 572. Auch Enneccerus, Bürg. R. I § 46 gehört wohl hieher; wenigstens glaube ich es nicht anders verstehen zu dürfen, wenn er dort unter Z. 4 kurz bemerkt: „die Vor-

Kein Zweifel auch, dass diese Ordnung durch das BGB. unberührt bleibt; die Bestimmung des EG. Art. 111 hat zu allem Ueberfluss noch eine ausdrückliche Stütze dafür gegeben.

Die Frage ist nur, ob das genügt, um den öffentlichen Sachen den besonderen Schutz zu geben, dessen sie zweckmässigerweise teilhaftig sein sollen und den man doch Jahrhunderte lang für angebracht hielt. Man darf sich nicht täuschen: ein Schutz ist es wohl, aber der Natur der Sache nach nur ein vorläufiger und ein vorübergehender. Die Verwaltungsbehörde, obwohl sie selbst entscheidet, kann sich der Handhabung und Wahrung des begründeten besseren Rechtes an der Sache nicht einfach entziehen; denn auch sie ist doch heutzutage Rechtsschutzanstalt. Wer da glaubt, sie würde diesem Rechte trotzen können mit dem endgültigen: ich will nicht, der lebt mit seinen Gedanken noch nicht im Rechtsstaate. So hat man das früher angesehen. Jetzt gehört zu einem ausreichenden Schutz der öffentlichen Sache, dass auch die Neubegründung solcher bindenden Rechte Privater an der öffentlichen Sache durch die Rechtsordnung ausgeschlossen ist. Man braucht bloss an den berühmten Hamburger Rechtsfall zu denken wegen des Siels, des städtischen Abzugskanals, der unter einem Privathause durchführte. Das Haus wurde versteigert und der Erwerber klagte gegen die Stadt auf Beseitigung des Siels, weil nach dem Gesetz der Zuschlag alle nicht besonders angemeldeten und vorbehaltenen Rechte an der Sache tilgte. Damals half das Reichsgericht[25]: es handelt sich um eine cloaca publica, sagt es, um eine öffentliche Anlage: auf die findet das Privatrecht keine Anwendung und folglich auch nicht jene Verwirkungsvorschrift; das Recht der Stadt ist gewahrt. Wäre es erloschen gewesen, so hätte die Polizei wohl

schriften über öffentliche Wege und Plätze sind öffentlich-rechtlicher Natur und werden deshalb nicht aufgehoben".

[25] R.G. 10. Jan. 1883 (Entsch. VIII S. 152).

eine sofortige Zerstörung des Siels verhindern, aber nimmermehr dem Hauseigentümer auf die Dauer sein Recht vorenthalten können. Grundbuchrecht, Nachbarrecht, Ersitzung könnten alle Tage ähnliche Zwangslagen herbeiführen; man sage auch nicht, dass formgültige Veräusserungsverträge nicht vorkämen. Aber gerade den einzig wirksamen materiellrechtlichen Schutz, wie das Reichsgericht ihn damals gewährte, macht eben das BGB. jetzt unmöglich dann, wenn man das der Verwaltung an der Sache zustehende Recht selbst auf das Zivilrecht gründet. —

Die Ueberzeugung von der Notwendigkeit, die öffentlichen Sachen so zu schützen, wird nicht bloss bekundet durch theoretische Bestrebungen. Auch der Gesetzgeber hat es mehrfach, gerade aus Anlass des BGB., für angezeigt gehalten, ausdrückliche Fürsorge zu treffen. In Baden, Hessen und Elsass-Lothringen bestimmen die Ausführungsgesetze zum BGB.[26], dass öffentliche Sachen, Wege, Flüsse, Festungswerke, der Anwendbarkeit des Privatrechtes und des privatrechtlichen Rechtserwerbes, ganz oder in gewissem Masse, entzogen sein sollen. Damit wäre ja alles glatt. Aber das Schlimme ist: das Reichsrecht hat nur für das Wasserrecht freien Spielraum gelassen[27]; sonst für öffentliche Sachen nicht. Stehen diese in privatrechtlichem Eigentum, so können die reichsgesetzlichen Rechtsinstitute des BGB. durch Landesgesetz nicht gehindert werden, darauf zu wirken.

Dadurch erwächst der Lehre von dem privatrechtlichen Eigentum an den öffentlichen Sachen zu ihrer Unfähigkeit, das unverkennbare praktische Bedürfnis der Rechtsordnung zu befriedigen, auch noch die immerhin peinliche Aufgabe, eine Anzahl bedeutender Landesgesetze einfach für nichtig zu erklären.

Das ist die eine Seite der Sache. Man kann sie auch vom entgegengesetzten Standpunkte aus betrachten, auf den uns GIERKEs Auffassung hinüberleitet. Statt auszugehen

[26] Bad. A.G. Art. 12; Hess. A.G. Art. 17; Els.Lothr. A.G. § 44.
[27] E.G. z. BGB. Art. 65.

von einem als selbstverständlich vorausgesetzten privatrechtlichen Eigentum, kann man auch einmal das öffentlichrechtliche Element für sich betrachten, das ihm gegenübersteht. Wenn dieses, von dort aus gesehen, als eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, eine objektive Zweckgebundenheit sich darstellte, so wird man jetzt vielmehr darin erkennen eine eigenartige Machtstellung des Staates über der Sache, eine Art von Besitz und Herrschaft, die das Gemeinwesen an ihr übt. Diese Auffassung lief von jeher neben der ersteren her. Man sprach von Polizeibesitz, tatsächlicher Herrschaft der Polizei über die Sache, nannte diese eine „polizeiliche Anstalt“ oder „eine Sache, welche der Staat kraft seines Hoheitsrechtes sich zugeeignet hat und erhalten wissen will“. Er hat daran ein „reines Hoheits- oder Polizeirecht, welches kein Eigentum ist, aber alle Befugnisse des Eigentums in sich schliesst“, oder ein „öffentliches Eigentum“, welches ihm aber seiner Natur nach „mehr ein polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung der Staatsbürger gibt“ [28].

Wenn wir solches hören, drängt sich die Frage auf: warum wird dieses Rechtsgebilde nicht fertig? warum entwickeln unsere Juristen diese öffentlichrechtliche Sachbeherrschung nicht zu einem echten und gerechten öffentlichen Eigentum, wie die Römer und Franzosen? Dann wäre ja allem geholfen.

Die Erklärung ist aber bei der Hand: die alte Fiskuslehre leidet es nicht. Denn nach dieser hat der Staat, so hochgebietend er ist, doch einen grossen Mangel: er ist unfähig Eigentum zu haben. Das ist ja gerade der Beruf des Fiskus, dass er ihn in dieser Hinsicht ersetze; dem muss seine Stellung vorbehalten bleiben. So sagt WAPPÄUS, der

---

[28] KELLER, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit S. 7; SCHWAB, in Arch. f. zivil. Praxis XXX Beil. S. 58 Note 81; SCHULTZ, Zum Preuss. Wegrecht S. 7, 11, 19 Note 2, 21; WAND, Rechtsverf. d. öff. Wege S. 1; OVG. 1. Okt. 1887, 14. Nov. 1887; O.Trib. 31. März 1863 (Entsch. Bd. 57 S. 92).

immer der beste Zeuge für diese Auffassung ist[29]: „Uebt der Staat sein Eigentum an öffentlichen Sachen aus? Wir sagen: Ja. Freilich nicht als solcher; denn der Staat als solcher kann keine Eigentumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten; aber als Vermögenssubjekt, als Fiskus übt er sein Eigentum aus; und weiter hat niemals jemand etwas behauptet".

Nun gibt es ja viele Leute, die da glauben, über diese alte Fiskuslehre mit ihrer sonderbaren Zerlegung des Staates in zweierlei Rechtssubjekte seien wir heutzutage völlig hinaus. Aber das ist doch nur Einbildung. Eingestanden und verhohlen, bewusst und unbewusst, treibt jene Lehre noch immer ihr Wesen in den Gehegen unserer Wissenschaft und wenn man ihr ordentlich nachgeht, ist es leicht, ihre Spuren aufzuweisen, auch an Orten, wo man sie gar nicht erwartet hätte.

So ist es eine selbstverständliche Folgerung der Fiskuslehre: wenn der Staat mit seinem Polizeibesitz und Hoheitsrecht der Sache allein gegenübersteht ohne den gewöhnlichen Privatmann, den Fiskus, wird seine Sache res nullius. So hat es KELLER gemeint in seinem Gutachteu zum Baseler Schanzenstreit, ebenso SCHWAB im Arch. f. civ. Pr. 30. So folgert aber auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungen vom 23. Sept. 1880 und 10. Febr. 1881: Der öffentliche Fluss ist nach ALR. gemeines Eigentum des Staates, also kein Eigentum des Fiskus, also res nullius[30].

Mit der Fiskuslehre hängt auch zusammen jene fixe Idee,

---

[29] Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 103.

[30] Hieher ist auch zu zählen LANG, Württemb. Sachenrecht § 17. Sein „öffentliches Gemeingut" welches kein Privateigentum des Fiskus sein soll, wird ihm unter den Händen zur res nullius. Derselbe Gedankengang steckt auch in der Bemerkung DERNBURGS, Pand. I S. 168 Note 6: Nach KELLERS Ansicht ist die öffentliche Sache „Niemand gehörig", diese Ansicht „hat in veränderter Gestalt EISELE angenommen, indem er ein bloss publizistisches Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt."

wie es SEYDEL nennt[31], dass alles was vermögensrechtlich ist, privatrechtlich sein müsse; da kommt eben alsbald der Fiskus ins Spiel und der ist privatrechtlich zu behandeln. Dieselbe Anschauung steckt aber auch hinter dem Vorwurf, den GIERKE der Lehre vom öffentlichen Eigentum macht. „Es ist nicht abzusehen, sagt er, welcher Gewinn daraus erwachsen soll, wenn hier die überall sonst durchgeführte Scheidung von Hoheitsrecht und Privatrecht aufgegeben wird“[32]. Die Scheidung zwischen öffentlichem und Zivilrecht kann nicht schärfer durchgeführt werden, als es die Lehre vom öffentlichen Eigentum tut. Was GIERKE vermisst, ist im Grunde doch nur die Scheidung zwischen dem allein eigentumsfähigen und nach Privatrecht zu beurteilenden Fiskus und dem nur Hoheitsrechte ausübenden Staate.

Nicht anders ist es mit einer Lehre, die sich als ganz modern ausgeben möchte und von sehr hoch zu schätzenden Autoritäten vertreten wird, mit der Scheidung nach imperium und dominium. Sie findet sich in aller Schärfe schon bei WAPPÄUS: nur der Staat hat imperium, dagegen nur der Fiskus dominium[33]. Für den engen Gedankenkreis der Fiskuslehre trifft das zu. Deshalb darf man aber doch nicht diese Formel verpflanzen wollen auf den Boden des einheitlich gedachten Staates, um damit den Massstab zu gewinnen, dass er öffentlichrechtlich nur handelt, wo er befiehlt, privatrechtlich immer, wo er seine Gewalt dinglich wirken lässt. Beides ist ja tatsächlich nicht richtig. Man muss im Bann der Fiskuslehre stehen, um hier

---

[31] Grundzüge einer allg. St.Lehre S. 38.

[32] Deutsch. Priv.R. II S. 21 Note 5.

[33] a. a. O. S. 95. — Neuerdings hat vor allem JELLINEK diese Unterscheidung stark betont: Verw.Arch. 16 S. 40 ff.; Allg. St.R. I S. 386. LAYER ist im Anschluss an ihn so durchdrungen gewesen von der Wichtigkeit dieses Gegensatzes, dass er in wohlmeinender Absicht ihn auch bei mir wieder finden wollte (Prinzipien des Enteignungsrechts S. 131, S. 645, S. 647), wogegen ich mich dann im Arch. f. öff. R. XVII S. 452 verwahrte.

noch mitzutun; aber man steht eben darunter.

Es ist in den letzten Jahren eine Reihe tüchtiger Arbeiten erschienen, welche gerade im Hinblick auf das BGB. mit der Frage des Eigentums an öffentlichen Sachen vom öffentlichrechtlichen Standpunkte aus sich befassen. Die Idee des öffentlichrechtlichen Eigentums wird dabei durchweg abgelehnt und die Art, wie es geschieht, ist sehr geeignet, das Gesagte zu beleuchten.

An der Spitze wäre zu nennen, nicht bloss des zeitlichen Vorsprunges halber, sondern auch wegen der besonderen Klarheit und Offenheit, mit welcher er sich zu seiner Stellung bekennt, HATSCHEK, die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die deutsch-nationale Auffassung, die er zu vertreten wünscht, geht aus von „der scharfen Scheidung von dominium und imperium“. Damit hängt auf das innigste zusammen, „der Dualismus von Staat und Fiskus als Rechtspersönlichkeiten“, und indem nun das Gemeinwesen mit diesem „Januskopf“ in allerlei Rechtsbeziehungen hineintritt, erhält bei uns insbesondere auch die öffentliche Sache die nationale Doppelnatur: Privateigentum verbunden mit gewissen „öffentlichrechtlichen Momenten“. Mein Verdienst ist, gezeigt zu haben, dass diese spezifisch deutsche Auffassung nur haltbar ist, wenn man mit dem Dualismus von Staat und Fiskus Ernst macht. Tut man das nicht, so verfällt man unrettbar dem Greuel des fremdländischen Instituts des domaine public, das gerade auf nichts anderem beruht als auf einer Verschmelzung von dominium und imperium. Meinerseits stimme ich mit HATSCHEKs Gedankengang vollkommen überein. Ohne den gesonderten Fiskus muss sich auch nach meiner Meinung das einheitliche, öffentlichrechtlich gedachte Eigentum von selbst ergeben. Ich verstehe nur nicht, wie man an jenen Fiskus noch glauben kann, und halte dieses Ergebnis nicht für ein nationales Unglück.

An zweiter Stelle sei erwähnt v. ESCHSTRUTT, der öffentliche

Weg, 1902, mit HATSCHEK an wissenschaftlichem Art nicht zu vergleichen, aber herrschende Strömungen und Richtungen mit einer gewissen dilettantischen Unbefangenheit wiederspiegelnd; das hat ja auch seinen Wert[34]. Der Staat mit seinen Hoheitsrechten „ist streng zu scheiden vom Fiskus", der als juristische Person die vermögensrechtliche Stellung einer Privatperson hat, während der Staat ausserhalb und über dem Privatrecht steht. „Der Staat ist an und für sich nur eins, aber gewissermassen eine Zwei-Einigkeit, deren einer Teil, das Gewand des Privatmannes anlegend, in dessen Sphäre, das bürgerliche Recht, hinabgestiegen ist" [35]. Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten! Aber was wird bei dieser Auffassungsweise aus der öffentlichen Sache? Einfach was werden muss. Der öffentliche Weg steht unter der „Polizeiherrschaft" des Staates und soweit diese reicht, ist Privatrecht ausgeschlossen. Das selbstverständlich privatrechtliche Eigentum am Wegeboden, das einem Privatmann, einer Gemeinde, dem Staat als Fiskus zustehen mag, ist für den Begriff gleichgültig. Der die Polizeiherrschaft darüber ausübende Staat kann es nicht ersitzen, da er eigentumsunfähig ist. Enteignet er den Wegeboden, so erlischt allerdings das bisherige Eigentum, aber nicht zu Gunsten des Staates, der nicht Eigentümer sein kann, sondern die Sache wird res nullius [36]. Auch das sind bekannte Dinge.

---

[34] Die Schrift bildet Heft XVII der von EBERING herausgegebenen „Rechts- und staatswissenschaftlichen Studien". Der volle Titel lautet: Der öffentliche Weg. Versuch einer Darstellung des Begriffes nach dem heutigen preussischen und französischen Recht. Von Dr. jur. M. von ESCHSTRUTT, Oberleutnant im Reitenden Feldjägerkorps, Forstassessor. In der Vorrede beruft sich der Verfasser vor allem auf Eindrücke, die er zur Zeit seiner Kommandierung an die deutsche Botschaft in Paris empfangen hat.

[35] a. a. O. S. 28.

[36] a. a. O. S. 17, S. 28, S. 43, S. 45. — Neu ist die Behandlung des französischen Rechts. Die Idee des domaine public d. h. der Verschmelzung von Polizeiherrschaft und Eigentum erscheint ESCHSTRUTT in der

Einen recht hübschen Beitrag zu unserer Frage liefert neuerdings HERBERT SCHELCHER, der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht[37]. SCHELCHER gibt eine wohlgelungene Darstellung des status causae et controversiae, gibt insbesondere auch mit gutem Verständnis meine Ansichten wieder, denen er sich auf eine weite Strecke hin anschliesst, um an einem bestimmten Punkte mit kräftiger Wendung abzubiegen und seinen eignen Weg zu gehen. Der Staat, sagt er, übt an der öffentlichen Sache eine „umfassende Sachbeherrschung und Sachverwaltung“ er ist „der Herr der öffentlichen Sache“ [38]. Während aber wir deshalb diese seine ganze Herrschaft nach öffentlichem Rechte beurteilen, als öffentlichen Besitz, öffentlichrechtliche Wegedienstbarkeit, öffentliches Eigentum, je nachdem, will SCHELCHER dem öffentlichen Rechte eine Grenze ziehen: öffentlichrechtlich ist nach ihm immer nur der Besitz des Staates, alles was der Staat an der Sache noch mehr hat, vor allem sein Eigentum daran, liegt auf dem Gebiete des Privatrechts. Soll also der Staat in ein und derselben Betätigungsweise zugleich öffentlichrechtlich und privatrechtlich sich darstellen? Dass möchte auch SCHELCHER nicht so ohne weiteres annehmen. Allein er weiss einen Weg, der es ermöglicht. Der Staat handelt hier nämlich mit zwei verschiedenen Handlungsfähigkeiten. Er ist, „sowohl öffentliche, wie auch private juristische Person und das immer zu gleicher Zeit“, nicht „ein einheitliches öffentliches

---

eigentümlichen Forderung des französischen Rechts, dass auch der Wegeboden der Oeffentlichkeit gehöre. Das ist eine „privatrechtliche Vorbedingung“ für das Dasein eines öffentlichen Weges. (S. 114). Der Wegeherr muss also den Boden erwerben und „der Oeffentlichkeit übergeben“, was in Klammern erläutert wird als „preisgeben“. Dadurch wird nämlich der Wegeboden res nullius. Auf solche Weise wäre im französischen Recht „in concreto ein klarer Rechtszustand geschaffen“. Von der umfangreichen Literatur der bibliothèque nationale, die er in der Vorrede rühmt, hat der Verfasser ersichtlich nur einen sehr kleinen Teil benützt.

[37] Fischers Zeitschrift für Verwaltung Bd. 31.

[38] a. a. O. S. 36, S. 57.

Rechtssubjekt", sondern ein einheitliches „Wesen", das mit „zweierlei Rechtspersönlichkeiten" ausgestattet ist — also ESCHSTRUTTS Zweieinigkeit. So wird es möglich, dass der Staat zu gleicher Zeit „sich zum Teil im bürgerlichen, zum Teil im öffentlichen Rechte bewegt"[39]. Nun, diese Möglichkeit wird man nicht abstreiten können. Nur kommt mir der eine Teil, der, ausgestattet mit besonderer zivilrechtlicher Persönlichkeit, auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts sich bewegt, so vertraut vor. Das ist doch wieder niemand anders als der wohl bekannte Herr Fiskus, der sein Inkognito auch hier nicht zu bewahren versteht.

Immer das gleiche Bild! Der öffentlichrechtliche Gedanke entwickelt sich kräftig und vielversprechend, aber im letzten Augenblick tritt immer der nämliche alte böse Feind dazwischen und lässt ihn nicht zur Vollendung und zum Ziele gelangen. Drüben aber winkt vergebens die öffentliche Sache, die, wie wir sahen, im Banne des Privatrechts die ihr angemessene Bedeutung nicht mehr zu finden vermag; nur in den Armen des öffentlichen Rechts wäre sie geborgen. „Sie konnten zusammen nicht kommen, die Wasser sind allzu tief." Die Macht ererbter Zwangsvorstellungen hält sie getrennt.

Das Uebel sitzt sogar noch tiefer, als es hier scheinen könnte. Während schon mancher es zu seiner Lebensarbeit erkoren hat, das Recht zwischen Staat und Untertan, das Verwaltungsrecht, wissenschaftlich tiefer zu gründen und schöner auszubauen — dürfen wir uns verhehlen, dass die Auffassung noch lange nicht tot ist: das Gebiet des öffentlichen Rechts sei gleichbedeutend mit dem Gebiet, auf welchem es ein sicheres Recht überhaupt nicht gibt, sondern die Zweckmässigkeit und der mit der Willkür so nahe verwandte gesunde Menschenverstand herrschen? Ist nicht immer noch das Zivilgericht allein das

[39] a. a. O. S. 36, S. 40, S. 42, S. 45.

ordentliche Gericht und der Weg zu ihm der ordentliche Rechtsweg? Mit der Ordentlichkeit der Verwaltungsrechtspflege steht es immer noch nicht so ganz klar. Und ebenso bleibt dann auch der dumpfe Verdacht bestehen: das öffentlichrechtlich gedachte Eigentum sei am Ende doch kein richtiges Eigentum. Auch unsere Gesetzgeber sind hier ängstlich. Im Entwurf des badischen Wassergesetzes vom 26. Juni 1899 stand geschrieben: die schiffbaren Gewässer ständen „im öffentlichen Eigentum des Staates". Die erste Kammer hat das Beiwort „öffentlich" gestrichen, weil „eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und anderem Eigentum dem bürgerlichen Rechte fremd sei". Natürlich! Und dem bürgerlichen Recht allein kann man trauen![40] Den Sächsischen Ständen liegt zur Zeit der Entwurf eines Wassergesetzes vor. Ursprünglich hiess es darin schlechthin, alle öffentlichen Gewässer seien „dem Privatrechtsverkehr entzogen". Im zweiten Entwurf dagegen wurde, wie es heisst, auf Anregung des Justizministeriums, ausdrücklich erklärt: „Das Bett der Elbe steht im Privateigentum des Staates". Privateigentum — nun weiss der Staat doch, was er hat!

So hat denn allerdings die Lehre vom öffentlichen Eigentum wohl manche freudige Begrüssung gefunden und manche wertvolle Mitarbeit; aber der volle Erfolg ist ihr, wie FLEINER sich ausdrückt, bis zur Stunde versagt geblieben. Es konnte wohl kaum anders sein. Ob ihre Stunde jemals kommt, ob und

---

[40] Landgerichtspräsident DORNER in seinem Komment. z. bad. AG. z. BGB. S. 130 bemerkt im gleichen Sinn: durch die Bestimmung, dass die öffentlichen Sachen „im Eigentum stehen" (einfach: im Eigentum!) habe das Gesetz gebrochen mit der französischen Auffassung, wonach an diesen Sachen „nur" ein publizistisches Eigentum besteht. Das ist entschieden die Auffassung die zur Zeit unser höheres Richtertum beherrscht.

FLEINER in der Note 3 erwähnten Antrittsrede hat dieses Misstrauen in das öffentliche Recht und seinen hemmenden Einfluss sehr richtig hervorgehoben (S. 16).

wenn sie völlig durchdringen wird, wage ich nicht zu sagen. Solche juristische Ideen sind ja keine ewigen Wahrheiten, denen der Sieg gewiss ist. Die grössere Klarheit und Einheitlichkeit des juristischen Denkens, die sie bringen wollen, sind keine unentbehrlichen Lebensgüter. Die Praxis schlägt sich gar wohl auch mit ganz schiefen Anschauungen durch, schlimmstenfalls mittels eines segensreichen Verzichts auf Folgerichtigkeit. Es handelt sich wesentlich nur um Schönheitsfehler. Man muss damit zufrieden sein, wenn man das Seinige deutlich gesagt hat. Dann mag man sich wieder den Kollegen von der naturwissenschaftlichen Fakultät zum Vorbild nehmen: mit dem Mikroskop über dem Wassertropfen sitzen, in welchem die mancherlei und oft wunderlichen Lebewesen sich tummeln, Rädertierchen, Borstentierchen und was noch alles. Die fressen sich auf und dehnen sich aus oder gehen ein. Wenn ein so zähes Gebilde sich breit gemacht hat, wie die alte Fiskusidee, lässt es andere nicht zur Entwicklung kommen. Die Idee des öffentlichen Eigentums ist von Natur sehr stark. Vielleicht wird sie ihr doch noch über. Vielleicht auch, bevor's ihr gelingt, werden sie beide von einem bisher noch nicht beobachteten stärkeren Organismus aufgesogen. Nach uns kommen auch noch Leute; die werden es sehen.

Die Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen nach pfälzischem Recht und nach dem System einzelner Partikularrechte.

Von

KARL BRÄUER.

Die Frage der Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen hat in der Rheinpfalz insbesondere zu Anfang der neunziger Jahre einen lebhaften Streit hervorgerufen. Auf der einen Seite vertraten Hausbesitzervereine und Presse den Standpunkt, dass sowohl nach Massgabe des positiven Rechts, als auch hinsichtlich der inneren Berechtigung solcher Auflagen die Anlieger bei Unterhaltung der Trottoirs zu Unrecht herangezogen würden. Auf der andern Seite hielt eine konstante Rechtsprechung der bayrischen Gerichte an der Anschauung fest, dass sowohl vom Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuches, als auch der noch in der Pfalz gültigen älteren französischen Bestimmungen die Erhebung von Trottoirbeiträgen durchaus zulässig sei.

In diesen Streit hat seiner Zeit der bekannte Staatsrechtslehrer SEYDEL eingegriffen. In mehreren kleinen Aufsätzen, die teils in der „Pfälz. Presse“ (Jahrgang 1895 Nr. 345), teils in den „Blättern für administrative Praxis“ (abgedruckt auch in „Staatsrechtl. und polit. Abhandlungen“) erschienen, versuchte SEYDEL, allerdings mit geringem Erfolg, die herrschende Recht-

sprechung zu bekämpfen. An ähnlichen Aeusserungen hat es nicht gefehlt (vergl. Münchener Allgemeine Zeitung Jahrgang 1895 Nr. 341, 342, 345, Jahrgang 1896 Nr. 76, Neuer Pfälzischer Kurier Jahrg. 1895 Nr. 325, 326, sowie das unten zitierte Rechtsgutachten von Rufer).

Indessen hat die hier behandelte Frage keineswegs nur lokale Bedeutung, sie ist für das gesamte deutsche Verwaltungsrecht von grossem Interesse. Es schien daher auch geboten, die in zahlreichen kleinen Zeitschriftsaufsätzen und Entscheidungen enthaltenen Gesichtspunkte zu sammeln, systematisch zu gruppieren und so einem grösseren Kreise zugänglich zu machen.

Bei der unverkennbaren Tendenz des bayrischen Verwaltungsrechts, eine Unifizierung der Gesetzgebung beider Landesteile, rechts und links des Rheins herbeizuführen, hätte es eigentlich nahe gelegen, die Frage vom Standpunkt des gesamten bayrischen Verwaltungsrechts zu beleuchten. Allein die immer wieder hervortretende Bezugnahme auf die in der Pfalz angeblich noch gültigen französischen Vorschriften liessen es wünschenswert erscheinen, die Untersuchung im grossen und ganzen auf die pfälzischen Rechtsverhältnisse zu beschränken. Abgesehen von den angeblich für die Pfalz in Betracht kommenden französischen Sondervorschriften und dem Art. 44 Abs. 2 der rechtsrheinischen Gemeinde-Ordnung liegen ja die Verhältnisse in beiden Gebietsteilen völlig gleich. Es konnten daher auch die für das rechtsrheinische Bayern ergangenen Entscheidungen in den meisten Punkten auch für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse in der Pfalz analoge Anwendung finden.

Die ganze Beurteilung der Frage, ob die Angrenzer zur Erstattung von Trottoirbeiträgen rechtlich verpflichtet sind, ist abhängig von der Beantwortung wichtiger theoretischer Fragen. Der vielumstrittene Begriff der Polizei und die Lehre von den Schranken der polizeilichen Gewalt spielen hier eine grosse Rolle. Obgleich die Trottoirbeiträge unverkennbar den Charakter einer

kommunalen Sondersteuer tragen, kommen die Gerichte in ihrem Endergebnis dazu, sie als eine polizeiliche Last zu bezeichnen und geraten dadurch in unlösbaren Widerspruch mit der herrschenden Lehre von der polizeilichen Gewalt. Daraus erklärt sich auch die unbefriedigende Tatsache, dass der Verwaltungsgerichtshof zur Beurteilung eines so ausgesprochen öffentlich-rechtlichen Verhältnisses nicht zuständig ist [1]. Dieser Mangel tritt noch entschiedener hervor, wenn man bedenkt, dass der Anlieger die nach seiner Meinung rechtswidrige Zumutung nur auf die Gefahr einer Bestrafung hin vom Gerichte prüfen lassen kann. Es ist einer jener Fälle, von denen SEYDEL einmal sagte, der Betreffende müsse „mit dem Strick um den Hals sein Recht suchen". (S. kritische Vierteljahrsschrift f. G. u. R. 3. Folge Bd. II S. 270, Rezension von OTTO MAYER, Lehrbuch d. Deutschen V.R.).

Die begrifflichen Merkmale der Polizei in ihrer Anwendung auf den Begriff der Wegepolizei bilden den Schwerpunkt der folgenden Untersuchung. SEYDEL hat schon einmal gelegentlich darauf hingewiesen, dass in der richtigen Beantwortung der Frage: Welches sind die Grenzen der Polizei? „mehr Rechtsschutz" liege, „als in den Landtagsverhandlungen über ein Dutzend Beschwerden wegen Verletzung konstitutioneller Rechte" (s. Artikel: Strassenpolizeirecht in Blätter f. adm. Praxis Bd. 47 S. 360). Ausser einigen gelegentlichen Aeusserungen SEYDELs ist jedoch die Frage nach der Zulässigkeit derartiger polizeilicher Auflagen vom Standpunkt des Begriffes der Polizei bisher kaum gewürdigt worden. Das soll nun in der folgenden Darstellung geschehen.

Bei der Anlage der vorliegenden Arbeit war bez. des ersten

---

[1] Vergl. Entsch. Verwalt.Ger.Hof Bd. II S. 530. Dagegen hat sich der Verwaltungsgerichshof für zuständig erklärt, wenn die Auflage nicht auf polizeiliche Verpflichtung, sondern die unten zitierten älteren französischen Bestimmungen gegründet ist (Entsch. Verw.Ger.Hof Bd. 19 S. 178).

Abschnitts, in welchem die begrifflichen Grundlinien zu zeichnen versucht sind, eine gewisse Selbständigkeit nicht zu vermeiden. Mit Absicht wurden gelegentlich der Schilderung des positiven Rechts im zweiten Abschnitt alle theoretischen Betrachtungen ausgeschieden und im ersten Abschnitt behandelt. Es erschien dies notwendig, um die Uebersicht über die ohnedies komplizierten Rechtsverhältnisse in der Pfalz nach Möglichkeit zu wahren. Auf diese Weise war es möglich, die Ergebnisse der theoretischen Untersuchung bei der Beurteilung des positiven Rechts überall an geeigneter Stelle zu verwerten. Im dritten Abschnitt wurde dann schliesslich untersucht, ob nicht innere Gründe für die Berechtigung sprechen, die Anlieger zur Zahlung von Trottoirbeiträgen heranzuziehen.

I. Begriffliches.

Die nachstehenden Untersuchungen beschäftigen sich mit der Frage der Heranziehung der Adjazenten zu Trottoirbeiträgen. Unter Trottoirbeiträgen im Sinne der folgenden Darstellung sind diejenigen finanziellen Leistungen zu verstehen, welche den Adjazenten zwecks Unterhaltung des Trottoirs an bereits fertiggestellten, bestehenden Strassen aufgebürdet werden. Darnach scheiden alle Beiträge aus, welche für Herstellung der Trottoirs bei anzulegenden oder noch nicht vollendeten Strassen erhoben werden, denn diese gehören begrifflich zu den Strassenbeiträgen, die sich ja, wie in einem späteren Kapitel ausgeführt werden soll, von den Trottoirbeiträgen in mancher Beziehung wesentlich unterscheiden.

Diese Verpflichtung zur Unterhaltung der Trottoirs an bestehenden Strassen wird den Adjazenten herkömmlich durch Polizeiverordnung aufgelegt. Die Polizeibehörde erklärt eben die Ausbesserung der Trottoirs im Interesse der Verkehrssicherheit für notwendig. Sie hält sich daher, im Hinblick auf das ihr delegierte Verordnungsrecht für berufen, im Wege der Polizei-

verordnung entsprechende Vorschriften zu erlassen. Eine eingehende Prüfung der vorliegenden Frage muss also untersuchen, ob es zur Tätigkeit der Polizei gehört, für einen bestimmten Zustand der öffentlichen Strasse zu sorgen. Das führt nun notwendig auf den Begriff der Polizei.

Trotz der vielen Kontroversen ist der Begriff der Polizei noch heute ein viel umstrittener. Es soll hier nicht noch einmal ausführlich auf die Geschichte dieses Begriffes eingegangen werden, dieselbe ist durch zahlreiche Untersuchungen hinreichend bekannt [2]. Um einen Anknüpfungspunkt für den modernen Begriff der Polizei zu finden, dürften daher einige Notizen über die Grundzüge dieser Entwicklung genügen. Denn es handelt sich hier darum, nach dem heutigen Stande der Wissenschaft den Begriff der Polizei, wie er den Bedingungen des Verfassungs- und Rechtsstaates entspricht, scharf zu umgrenzen, um daraus die Merkmale für den Begriff der Strassenpolizei ableiten zu können.

Es ist daher von der Frage auszugehen: Welche Stellung gebührt der Polizei im modernen Rechtsstaat? Welche Befugnisse kommen derselben zu und wo liegen die Schranken ihrer Gewalt?

Während bekanntlich die ältere Lehre [3] die Polizei als diejenige Staatstätigkeit bezeichnete, die wir heute innere Verwaltung nennen, sieht die Theorie, als deren Begründer PÜTTER angesehen werden kann [4], in der Polizei diejenige obrigkeitliche Funktion, welche auf die Vorbeugungen vor künftigen Gefahren

---

[2] Vergl. insbesondere L. v. STEIN, Verwaltungslehre 1866 Bd. II S. 67 ff. BORNHAK, Preuss. Staatsrecht Bd. III S. 119 ff., Verwaltungsarchiv V S. 137 ff. OTTO MAYER, Lehrbuch des deutschen Verw.Rechts Bd. I S. 248 ff. ROSIN, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen 2. Aufl. S. 121 ff. sowie Verwaltungsarchiv Bd. III S. 288 ff.

[3] Vergl. SCHILLING, Verw.Archiv Bd. II S. 474, sowie LOENING, Lehrbuch des deutschen Verw.Rechts S. 6.

[4] BORNHAK, Verwaltungsarchiv Bd. V S. 138.

des innern Staatswesens gerichtet ist. Die Beförderung des Gemeinwohls geht mithin über diese Tätigkeit hinaus[5]. Den Uebergang zur modernen Auffassung bildet L. v. STEIN. Nach ihm ist Polizei nicht ein besonderer Teil der Verwaltung, sondern überhaupt der gesamten Verwaltung immanent[6]. Sie ist in jedem Teile der Verwaltung vorhanden, sie ist eben die negative Seite der Verwaltungs-Tätigkeit. Ihre Aufgabe besteht darin, den Einzelnen vor den ihn umgebenden Gefahren zu schützen. Gehen diese Gefahren von Naturkräften aus, dann äussert sich die polizeiliche Tätigkeit in der Herstellung schützender Einrichtungen; sind es dagegen menschliche Kräfte, welche diese Gefahren verursachen, dann stellt die Zwangsgewalt der Polizei die überschrittene Grenze wieder her.

Schon vorher hatte BLUNTSCHLI in der Zwangsgewalt ein durchschlagendes Begriffsmerkmal gefunden und kann in diesem Sinne als der Begründer der jetzt herrschenden Theorie angesehen werden. Nach ihm ist die Polizei in ganz besonderem Sinne Gewalt[7]. Ihre Aufgabe ist die obrigkeitliche Sorge (auf dem Gebiete der inneren Verwaltung) als befehlende und verbietende, als eingreifende Staatsgewalt. Die Zwangsgewalt ist also das notwendige Erfordernis jeder polizeilichen Tätigkeit, wo dieser Zwang nicht Platz greift, ist die Verwaltung nicht Polizei, sondern öffentliche Pflege. „Nur wo Zwang zulässig ist —“ sagt Medicus[8] „spricht man von Polizei“.

LOENING[9] bezeichnet als Polizei diejenige Tätigkeit der Staatsgewalt auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, welche

---

[5] Ueber die Weiterbildung dieser Lehre durch Soden vergl. die schon zitierten Quellen.

[6] L. v. STEIN, Die Verwaltungslehre 1866 Bd. II S. 65.

[7] BLUNTSCHLI, Allg. Staatsrecht 1851 S. 457.

[8] S. BLUNTSCHLIS Staatswörterbuch in drei Bänden bearbeitet von LOENING Art. „Polizei“ Bd. III S. 63 ff.

[9] LOENING, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1884 S. 8.

mit einem Zwang gegen Personen verbunden ist. Von dieser Polizei auf dem Gebiete der innern Verwaltung unterscheidet er noch Sicherheitspolizei und gerichtliche Polizei.

Demgegenüber hat OTTO MAYER[10] hervorgehoben, dass auf dem Gebiete der inneren Verwaltung in vielen Fällen ein Zwang zur Anwendung kommt, der nicht Gewalt ist. Er sieht in der Polizei „die Staatstätigkeit zur Abwehr von Störungen für die gute Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein mit obrigkeitlicher Gewalt". Aehnlich definiert SEYDEL[11]: „Polizei ist Zwangsgewalt, Recht des Gebietens und Verbietens zum Schutze öffentlicher Interessen". Der SEYDELschen Formulierung dürfte vor der OTTO MAYERschen noch der Vorzug zu geben sein.

Ist also noch heute der Begriff der Polizei ein in der Literatur keineswegs fest umgrenzter, so gilt das noch in viel höherem Masse von dem Begriff der Wegepolizei. Dieser Begriff ist in der Wissenschaft überhaupt vernachlässigt worden; man hat sich einfach mit der Tatsache abgefunden, dass die Polizei sich über die ganze Verwaltung erstreckt und dass auf jedes Gebiet der Verwaltung dieser Begriff der Polizei in analoger Weise anzuwenden sei.

Dabei hat man jedoch nicht für den Begriff der Wegepolizei die sich aus dem Begriff der Polizei mit Notwendigkeit ergebenden Konsequenzen gezogen. Denn man hätte dann niemals in die Lage kommen können, z. B. die Verpflichtung zum Bau oder Unterhalt einer Strasse, eine ganz offenbar verwaltungspflegliche Massnahme, als einen Bestandteil der Wegepolizei zu bezeichnen. Gerade hier, auf diesem Gebiete zeigt sich, dass man noch heute geneigt ist, in die älteren Anschauungen zurückzufallen, oder besser gesagt, dass man noch

---

[10] OTTO MAYER, Deutsches Verw.Recht Bd. I S. 209 Note 12.

[11] SEYDEL: Bayrisches Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. III S. 307. Vergl. auch: BIERMANN, Privatrecht und Polizei in Preussen S. 6 ff.

nicht vermocht hat, sich aus diesen älteren Vorstellungen gänzlich herauszuarbeiten.

Vor allem ist hier festzuhalten, dass das wesentlichste Begriffsmerkmal der Polizei die Zwangsgewalt ist. Wo kein Zwang, da keine Polizei [12]. Zwangsgewalt hat aber ein Untertanenverhältnis zur Voraussetzung. Die Polizei regelt nur Beziehungen zwischen dem Untertan und dem befehlenden Staate, sie erzwingt den dem Staate schuldigen Gehorsam. Wo aber kein Untertanenverhältnis besteht, kann selbstverständlich von Polizei gar nicht gesprochen werden. Daraus ergibt sich, dass wenn z. B. die Kreisregierung die Gemeinde auffordert, der ihr obliegenden Verpflichtung zum Bau oder Unterhalt einer Strasse nachzukommen, dies mit Wegepolizei gar nichts zu tun hat. Denn hier fehlt ja das Untertanenverhältnis, die notwendigste Voraussetzung einer Zwangsgewalt. Das Verhältnis des Staates zu seinen Selbstverwaltungskörpern ist doch im vorliegenden Falle lediglich ein aufsichtliches, die Gemeinde, welche ihren Verpflichtungen nicht nachkommt, wird im staatsaufsichtlichen Verfahren dazu angehalten [13].

Dieser Umstand, der offenbar bisher völlig übersehen wurde, hat eine ganze Reihe falscher Konsequenzen mit sich gebracht. Man hat bisher durchweg angenommen, dass die Wegepolizeibehörde auf die Beschaffenheit, Breite, Steigung etc. der Wege

---

[12] Das will allerdings BORNHAK (Verwalt.Archiv Bd. V S. 146) nicht zugeben. Er meint, nicht der Zwang sei der Polizei eigentümlich, sondern die tatsächliche Anordnung. Die Polizei könne ihre Tätigkeit auch durch andere Mittel, z. B. Bitten, Raten etc. entfalten. Damit verkennt jedoch BORNHAK das wichtigste Begriffsmerkmal der Polizei. Denn hinter diesem Bitten, Raten etc. steht immer die Möglichkeit der Anwendung von Zwangsgewalt und das ist doch das Charakteristische.

[13] Diese Aufsicht des Staates über den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden geht dahin, dass die Gemeinden ihre eigenen Lebensaufgaben auch tatsächlich erfüllen. Vergl. PREUSS, Das städtische Amtsrecht in Preussen. 1902 S. 160.

einen Einfluss habe. Zu erklären ist ja diese missverständliche Annahme dadurch, dass die Verwaltungsbehörde, welche die Selbstverwaltungskörper beim Bau der Strassen zu überwachen hat, auf der andern Seite auch Wegepolizeibehörde ist und in dieser Eigenschaft polizeiliche Vorschriften über die Benützung von Strassen erlassen kann. Also beide Funktionen, die Verwaltungspflege und die Polizei sind in einer Behörde vereinigt; das darf jedoch nicht hindern, sie begrifflich scharf von einander zu trennen [14]. Auf den ersten Blick mag vielleicht die Trennung beider Funktionen bedeutungslos erscheinen, denn die Verwaltungsbehörde wird in der Regel gar kein Interesse daran haben, ihre wegepolizeilichen Befugnisse zu überschreiten. Anders liegen aber die Verhältnisse, wenn z. B. die Wegepolizei zugleich in die Hand des wegebaupflichtigen Subjekts gelegt ist, wie das oft bei der Gemeinde der Fall ist. Gerade hier liegt ja die Gefahr sehr nahe, dass der Wegebaupflichtige das ihm delegierte Polizeiverordnungsrecht missbraucht, um sich der Verpflichtung zum Bau oder Unterhalt der Strasse teilweise zu entledigen. Da tritt nun die Frage in ihrer ganzen Wichtigkeit auf: Darf die Wegepolizei als solche soweit gehen, einen bestimmten baulichen Zustand der Strasse anzuordnen?

Die Lösung dieser Frage setzt eine Trennung der beiden Begriffe Wegebau und Wegepolizei voraus. Um dieselben gegeneinander scharf abzugrenzen, muss man sich folgendes gegenwärtig halten.

Die Wegebaulast (der Gemeinden, höheren Kommunalverbände) ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der betreffenden Korporation des öffentlichen Rechts. Die Erfüllung dieser

---

[14] Diese Trennung hat auch ANSCHÜTZ im Auge, wenn er sagt: „Die Bautätigkeit des Strombaufiskus, der Gemeinde als Strassenherrin ist nicht Handhabung der öffentlichen Gewalt“. Vergl. ANSCHÜTZ: „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt“ Verwaltungsarchiv Bd. V S. 88 ff., S. 99.

Verpflichtung überwacht der Staat durch seine Verwaltungsbehörden (nicht etwa Wegepolizeibehörden!) und diese ordnen, falls es notwendig wird, das staatsaufsichtliche Verfahren an.

Durch die Wegebaulast wird nun der betreffende Selbstverwaltungskörper verpflichtet, durch technische Vorrichtungen die Möglichkeit zu schaffen, dass sich der Verkehr in zweckmässiger, bequemer und sicherer Weise auf der Strasse vollziehen kann. So z. B. wird bei der Ortsstrasse eine Fahrbahn für den Fuhrwerksverkehr ausgeschieden, zu beiden Seiten derselben werden Trottoirs angelegt, Fahrbahn und Bürgersteig werden je nach den Bedürfnissen von Ort und Zeit gepflastert, asphaltiert etc. Nach der Vollendung der Strasse müssen alle technischen Vorbedingungen für einen bequemen und sicheren Verkehr vorhanden sein und der Wegebaupflichtige hat die Strasse jederzeit in einem entsprechenden Zustande zu erhalten. Bis hierher handelt es sich also um einen reinen Akt der inneren Verwaltung.

Ist so der Boden geebnet für die polizeiliche Tätigkeit, dann tritt die Wegepolizei voll und ganz in ihre Rechte. Hat nun der Wegebaupflichtige die technischen Vorbedingungen für einen bequemen und sichern Verkehr geschaffen, so besteht die polizeiliche Tätigkeit einzig und allein darin, dem Verkehr, sobald er sich der Strasse bemächtigt hat, die richtigen Wege zu zeigen, ihn in die richtigen Bahnen zu lenken.

Gehörte es z. B. zur Wegebaulast, durch Anlegung von Trottoirs die Trennung des Fussgängerverkehrs vom Fuhrwerksverkehr zu ermöglichen und dadurch den Verkehr der Fussgänger sicherer und bequemer zu gestalten, so ist es Sache der Polizei dafür zu sorgen, dass die Trottoirs auch für den Fussgängerverkehr reserviert und nicht befahren werden (etwa durch Fahrräder, Schubkarren etc.). Hat der Träger der Wegebaupflicht zu beiden Seiten der Strasse Gräben angelegt, um das

Abwasser ableiten zu können, so hat die Polizei dafür zu sorgen, dass es auch tatsächlich durch die Anwohner abgeleitet und nicht auf die Strasse geschüttet wird.

Der Inhalt der wegepolizeilichen Tätigkeit wird umgrenzt durch die Frage: Wie darf die vollständig fertiggestellte Strasse benutzt werden? Mit der Beantwortung dieser Frage ist die Befugnis der Wegepolizei vollständig erschöpft.

Es ist daher grundsätzlich zu missbilligen, wenn — wie z. B. von Rehm [15] — angenommen wird, dass „die für Erhaltung der Sicherheit (und Bequemlichkeit) des Verkehres sorgende Polizeigewalt auch Vorschriften über den baulichen Zustand der Strasse“ erlassen könne. Wäre diese Auffassung zutreffend, dann gäbe es für die wegebaupflichtige Gemeinde allerdings kein bequemeres Mittel, als sich dieser Pflicht einfach durch wegepolizeiliche Auflagen zu entledigen, sie auf die Adjazenten abzuwälzen. Dass dies leider noch so häufig geschieht, ist der dunkeln Vorstellung von dem Begriffe der Wegepolizei zuzuschreiben. Denn wenn man festhält, dass die Polizei nur den Verkehr auf der Strasse in die richtigen Bahnen zu lenken, dass sie nur die Art der Benützung zu ordnen hat, dann erkennt man sofort den Befehl der Polizei z. B. ein Trottoir herzustellen, als polizeilichen Uebergriff [16]. Mit demselben Recht könnten durch landespolizeiliche Verordnung die Grundstücksanlieger zur Ausbesserung einer schadhaft gewordenen Staatsstrasse, oder die Uferbesitzer zu Flusskorrektionen herangezogen werden [17].

---

[15] Rehm: Die Anliegerbeiträge bei Trottoirisierung nach bayr. Rechte in Hirths Annalen 1895 S. 53.

[16] Daraus ergibt sich auch, dass der § 366 Ziff. 10 RStGB. weiter nichts im Auge hat, als den Verkehr auf der Strasse, die Art ihrer Benützung. Ueber die gänzlich missverstandene Auffassung dieser Gesetzesbestimmung vergl. weiter unten S. 541 ff.

[17] Bei einem Vergleich der Wegepolizei mit der Schiffahrtspolizei zeigt sich deutlich, dass die Tätigkeit der Polizei erst beginnt, wenn vorher

Auf ähnlichem Standpunkt steht auch OTTO MAYER[18], wenn er ausführt, dass das Gebiet der Polizei sofort verlassen ist, sobald der Staat seine Machtäusserung dazu verwendet, zunächst sich einen sachlichen Vorteil zu verschaffen, mit dem er dann erst dem öffentlichen Interesse dienen will.

Nach den obigen Ausführungen über die Befugnisse der Wegepolizei erscheint auch die LOENINGsche Auffassung von dem Begriff der Wegepolizei zutreffend. LOENING[19] bezeichnet als Wegepolizei die Beschränkung der Benutzung öffentlicher Wege durch „Vorschriften, welche zur Sicherstellung der Wege gegen Beschädigung[20], zur Erhaltung der Sicherheit und Bequemlichkeit des öffentlichen Verkehrs und zur Aufrechterhaltung der Reinlichkeit auf denselben erlassen werden".

In ähnlicher Weise bezeichnet GEORG MEYER[21] als Wege-

durch technische Vorrichtungen die Vorbedingungen für einen sichern und bequemen Verkehr geschaffen sind. Man kann nicht sagen: Da die Herstellung einer Fahrrinne im Interesse der Verkehrssicherheit notwendig ist, kann die Schiffahrtspolizei, die ja für Verkehrssicherheit zu sorgen hat, die Ausbaggerung des Flussbettes anordnen. Gewiss, die Herstellung einer Fahrrinne ist unerlässliche Vorbedingung eines sichern und bequemen Verkehrs, geht aber die Polizei gar nichts an. Das ist ein reiner Akt der inneren Verwaltung. Genau so bei der öffentlichen Strasse. Gewiss ist die Herstellung bezw. Unterhaltung des Trottoirs die notwendige Vorbedingung für einen sichern und bequemen Verkehr, hat aber mit der polizeilichen Tätigkeit nicht das Geringste zu tun.

[18] OTTO MAYER, Theorie des französ. Verwaltungsrechts S. 162.

[19] LOENING, a. a. O. S. 583.

[20] Vorschriften gegen Beschädigung der öffentlichen Wege widersprechen keineswegs dem oben aufgestellten Grundsatz, dass die Polizei nur den Verkehr auf der Strasse zu regeln habe. Sie kann daher auch Benützungsarten verbieten, welche eine Abnützung des Weges übermässig steigern oder eine Zerstörung desselben zur Folge haben können (vergl. OTTO MAYER, Deutsches VR. Band II S. 125). Das passt auch vollständig in den Rahmen der Polizei, denn hier soll ja durch die polizeiliche Tätigkeit kein besserer Zustand geschaffen, sondern nur die Gefahr übermässiger Abnützung oder Zerstörung des Weges bekämpft werden.

[21] GEORG MEYER, Lehrbuch des deutschen Verw.Rechts, 2. Aufl. Bd. I S. 489.

polizeirecht den Inbegriff von gewissen Beschränkungen, welchen die Benützung der öffentlichen Wege unterworfen ist.

Indessen ist die nach dem jetzigen Stande des Begriffes der Polizei nicht mehr gerechtfertigte Meinung, dass die Wegepolizei auch den baulichen Zustand der Strasse beeinflussen könne, in der Gesetzgebung, der Praxis der Gerichte und der Literatur noch heute weit verbreitet, ja man kann sagen die herrschende. Charakteristisch für die Verwischung der Begriffe Wegebau und Wegepolizei ist, was schon BLUNTSCHLI [22] ausgesprochen hat. „Die Herstellung einer Brücke zu gebieten", — so sagt er — „ist Sache der Polizei (!) sie zweckmässig auszuführen, Sache der Wirtschaft".

Ganz in diesem Sinne operiert auch noch die neuere preussische Gesetzgebung mit dem Ausdruck Wegepolizeibehörden. So spricht z. B. das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 [23] von „Anordnungen der Wegepolizeibehörden, welche den Bau und die Unterhaltung" der öffentlichen Wege betreffen. Gemeint ist hier natürlich die Verwaltungsbehörde als solche. Kein Wunder, wenn auch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts [24] fast durchweg von der Wegepolizeibehörde spricht, wo die zuständige Verwaltungsbehörde darunter zu verstehen ist. Aehnlich auch stellenweise das Reichsgericht [25].

[22] BLUNTSCHLI, Allgemeines Staatsrecht. 2. Aufl. 1857 Bd. II S. 192.

[23] S. GERMERSHAUSEN, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preussen. 2. Aufl. Bd. II S. 70 ff.

[24] Dieselbe ist zusammengestellt bei GERMERSHAUSEN und JEBEUS (siehe weiter unten).

[25] Vergl. u. a. Entsch. d. Reichsgerichts V. Z. S. v. 6. Oktober 1886 (KAMPTZ und DELIUS, Die Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öff. Rechts Bd. I 1906 S. 240 Nr. 10), ferner VII. Z. S. vom 3. Nov. 1899 (KAMPTZ und DELIUS I S. 254 oben); dagegen II Strafsenat v. 7. Juni 1889 (Entsch. in Strafsachen Bd. 19 S. 308): Betreibt der Gemeindevorsteher als Organ der Gemeinde einen Wegebau (weil dieser Gemeinde die Baulast obliegt), so handelt es sich überall um Akte der Kommunal- nicht der Polizeiverwaltung (vergl. auch KAMPTZ und DELIUS Bd. I S. 238 Nr. 2).

Von den neueren Schriftstellern, die in diesem Geleise wandeln, seien besonders zwei hervorgehoben, GERMERSHAUSEN und JEBENS.

GERMERSHAUSEN [26] führt aus, dass die Anforderungen, welche an die Beschaffenheit der Wege gestellt werden, durch Polizeiverordnung geregelt würden. Solche Polizeiverordnungen könnten z. B. „eine bestimmte Breite, die höchste zulässige Steigung, die Art des zur Wegebefestigung zu verwendenden Materials, die Pflasterung der Dorfstrassen, die Anlage der Trottoirs vorschreiben“ [27]. „Die Wegepolizeibehörde“ ist zuständig, dem nach öffentlichem Recht Wegebaupflichtigen Auflagen zu machen [28].

In seinem Aufsatze: „Neueres vom Bürgersteig“ spricht JEBENS [29] davon, zu untersuchen, an welchen Verpflichteten sich die Polizeibehörde zu halten habe, „wen die polizeiliche Wegebaulast“ treffe. S. 423 c) spricht derselbe von dem „Umfang der Leistungen, die die Polizeibehörde dem Baupflichtigen — der Gemeinde oder einem andern — ansinnen darf“.

Dass es sich bei alledem nicht um polizeiliche, sondern um verwaltungspflegliche Massnahmen handelt, ist oben ausgeführt. Wendet man die Merkmale des Begriffs der Polizei konsequent

---

[26] GERMERSHAUSEN a. a. O. 3. Aufl. 1907 Bd. I S. 69.

[27] Man könnte vielleicht hier einwenden, dass es mit dem Begriffe der Polizei wohl vereinbar sei, einen bestimmten baulichen Zustand einer Sache zu verlangen, denn auf einem andern Gebiet der Polizei, nämlich der Baupolizei bestehe ja gerade die Tätigkeit der Polizei darin, einen ganz bestimmten baulichen Zustand herbeizuführen. Das ist richtig, allein man erkennt aus dem Untertanenverhältnis zwischen Staat und Baulustigen sofort die Legitimation der Polizei; dieselbe fehlt, wo es sich um Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Selbstverwaltungskörpern handelt. Allein, selbst wo ein Untertanenverhältnis besteht, kann bezw. der Wegebaulast von einer polizeilichen Verpflichtung nicht gesprochen werden, nämlich dann, wenn die Wegebaulast einem Privaten aufgebürdet ist.

[28] Vergl. ferner S. 587 „von der Zuständigkeit der Wegepolizeibehörden etc. die erforderlichen Anordnungen zur Unterhaltung eines öff. Weges oder einer Brücke zu erlassen“.

[29] JEBENS, Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899. Nr. XX S. 419.

auf die Wegepolizei an, so ergibt sich, wie aus vorstehenden Betrachtungen hervorgeht, d a s s d i e P o l i z e i a u f d i e t e c h n i s c h e B e s c h a f f e n h e i t d e r W e g e g a r k e i n e n E i n f l u s s h a b e n k a n n.

Nicht nur für den sachlichen Bereich der polizeilichen Tätigkeit, sondern auch in einer anderen, sehr wesentlichen Beziehung müssen aus der modernen Lehre von der polizeilichen Gewalt die Konsequenzen für die Beurteilung wegepolizeilicher Massnahmen gezogen werden.

Im Rechtsstaate erfordert jeder polizeiliche Eingriff in Freiheit und Eigentum eine gesetzliche Grundlage. Das ist ein oberster Grundsatz der Lehre von der polizeilichen Gewalt. Es ist jedoch nicht unbestritten. Die Gegensätze bilden das preussische und das süddeutsche Recht. Im Gegensatz zu den süddeutschen Staaten geht in Preussen die Tendenz unverkennbar dahin, den Befugnissen der Polizei einen möglichst grossen Spielraum zu gewähren. Das ist durch die verschiedenartige Rechtsentwicklung zwischen Nord und Süd wohl zu erklären. Allein trotzdem gehen manche Vertreter des preussischen Verwaltungsrechts viel zu weit und kommen zu Resultaten, welche mit den Forderungen des Rechtsstaates unvereinbar sind. Das gilt insbesondere von ROSIN und JEBENS.

Mit Unrecht polemisiert ROSIN [30] gegen die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts [31] „dass eine Polizeiverordnung rechtliche Verbindlichkeiten weder n e u b e g r ü n d e n, noch bestehende Verpflichtungen a b ä n d e r n kann“, dass vielmehr durch polizeiliche Verordnung nur Anordnungen über die Art und Weise der Erfüllung s o l c h e r Verbindlichkeiten getroffen werden

[30] ROSIN, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 2. A u f l. S. 94 Note 27.

[31] Der Meinung des OberVerw.Ger. zustimmend: GERMERSHAUSEN a. a. O. Bd. I S. 57/58 sowie KUTTNER, Verwaltungsarchiv Bd. IV S. 71.

können, welche auf anderweitiger Grundlage beruhen.

Rosin vertritt nun die Ansicht, dass eine Polizeiverordnung, welche sich von Widersprüchen mit Gesetzen und überragenden Verordnungen frei hält, befähigt sei, polizeilichen Materien, welche bisher einer gesetzlichen Regelung entbehrten, selbständig eine solche zuteil werden zu lassen und daher neue Verpflichtungen des einzelnen gegenüber der Verwaltung begründen könne [32].

Aehnlich Jebens. Sein ganzer Standpunkt erhellt aus der Frage: „Welche gesetzliche Bestimmung versagt es der Polizeiverordnung, wie überhaupt einen der gesetzlichen Regelung noch nicht unterworfenen Gegenstand praeter legem ihrerseits neu zu regeln, so auch dem einzelnen neue Pflichten aufzuerlegen?“ [33] Damit kehrt aber Jebens gerade den obersten Grundsatz um; nicht jeder Eingriff ist der Polizei erlaubt, der ihr nicht verboten ist, nein, sie ist nur zu dem Eingriff berechtigt, der ihr ausdrücklich erlaubt ist [34].

Wenn Jebens im Verwaltungsarchiv Bd. IV S. 72 [35] einen Widerspruch gegen seine oben vertretene Auffassung findet, aber die Gründe vermisst, so sind dieselben nicht schwer zu finden.

---

[32] Diesen Schluss zieht Rosin aus einer m. E. unrichtig aufgefassten Stelle aus den Motiven zum preussischen Gesetz vom 11. März 1850 (vergl. Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 90 Note 13). Die angezogene Stelle aus den Motiven lautet: „was die Staatsgesetze und die allgemeinen Verordnungen einer höheren Autorität ungeregelt gelassen haben, das muss, wenn es nach den besonderen Verhältnissen einer Gemeinde von örtlichem Interesse ist, durch ortspolizeiliche Vorschrift geregelt werden“. Wahrscheinlich deuten hier die Motive nur auf eine Abgrenzung der ortspolizeilichen Befugnisse gegenüber den Befugnissen der höheren Polizeibehörden aber innerhalb der gesetzlichen Ermächtigung. Zu einem näheren Eingehen an dieser Stelle liegt keine Veranlassung vor.

[33] Jebens a. a. O. Nr. XI S. 223.

[34] Vergl. auch Seydel, Blätter für administrative Praxis Bd. 48 S. 192.

[35] Kuttner, Rezension von Merlo, Die Ungesetzlichkeit der die Strasseneinigung betreffenden Polizeiverordnungen etc.

Der polizeilichen Machtäusserung sind eben Grenzen gesteckt, über welche sie dem einzelnen gegenüber nicht hinausgehen kann. Sie beruhen — wie OTTO MAYER [36] sagt — auf der Idee von einem dem Staate unantastbaren Gebiet der Freiheit des einzelnen. Mit andern Worten: Dem Individuum ist die Unverletzlichkeit seiner Freiheit und seines Eigentums verfassungsmässig garantiert. Soll nun im Interesse eines geordneten Zusammenlebens der Freiheit oder dem Eigentum des einzelnen eine Beschränkung auferlegt werden, so bedarf dieselbe einer gesetzlichen Grundlage [37]. Die polizeiliche Tätigkeit hat aber gerade einen Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen zum Inhalt, sie bedarf daher einer ausdrücklichen Ermächtigung, der Bezugnahme auf eine bestimmte Rechtsvorschrift [38].

Hier erhebt sich nun die wichtige Frage: Muss die für einen polizeilichen Eingriff erforderliche gesetzliche Grundlage ein Satz des geschriebenen Rechtes sein, oder kann ein solcher Eingriff auch durch eine gewohnheitsrechtliche Norm gestützt werden? In der Literatur ist die Meinung noch ziemlich verbreitet, dass das Gewohnheitsrecht für die Verhältnisse des öffentlichen Rechts genau so gelten müsse, wie für die zivilrechtlichen [39]. Demgegenüber hat nun OTTO MAYER in treffender Weise nachgewiesen, dass die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts in der Verwaltung ganz andere seien, als in der Justiz [40]. Die Justiz ist geradezu darauf angewiesen, die Lücken des gesetzten Rechts auszufüllen durch das, was bisher für den betr. Gegenstand als Recht galt, die Uebung des einzelnen und der das Recht handhabenden Behörde.

---

[36] OTTO MAYER, Theorie des französ. Verw.Rechts S. 174.

[37] OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I S. 97.

[38] SEYDEL, Bayrisches Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. III S. 4.

[39] Der Kürze halber sei hier auf die bei OTTO MAYER, Bd. I S. 132 Note 20 zitierten Literaturstellen verwiesen. Vergleiche ausserdem u. a. REHM, in HIRTHS Annalen 1895 S. 61 ff.

[40] OTTO MAYER, a. a. O. Bd. I S. 131.

Das hat aber die Verwaltung gar nicht nötig. „Ja, noch mehr“, sagt OTTO MAYER[41]. „Wo gesetztes Recht fehlt, da ist dies so gewollt und soll ordentlicherweise auch so bleiben. Wenn kein gesetzlicher Rechtssatz besteht, der die Behörde zu gewissen Eingriffen in Freiheit und Eigentum ermächtigt, so beweist das, dass die gesetzgebende Gewalt solche Eingriffe nicht zulassen wollte.“

Das ist vollkommen zutreffend. Es kann gar kein Zweifel bestehen, dass sich im Rechtsstaat ein polizeilicher Eingriff nicht auf Gewohnheitsrecht stützen lässt. Denn die verfassungsmässige Garantie der Unverletzlichkeit von Freiheit und Eigentum würde doch zum Teil illusorisch gemacht, wenn die Staatsgewalt sich die betr. Rechtssätze durch längere Uebung selbst erzeugen könnte. Ein polizeilicher Eingriff bedarf daher der ausdrücklichen Ermächtigung durch einen Satz des geschriebenen Rechts.

II. Das geltende Recht.

A. Rheinpfalz.

Die Heranziehung der Adjazenten zu Trottoirbeiträgen erfolgt seitens der pfälzischen Gemeinden in sehr verschiedener Weise. Bezüglich des Umfangs der den Adjazenten aufgelegten Leistungen sind im wesentlichen drei Gruppen zu unterscheiden.

Die erste Gruppe, vertreten durch die Gemeinden Frankenthal[42] und Neustadt a. H.[43] belastet die Adjazenten nur mit einem Teil der Kosten zur Unterhaltung des Trottoirs.

Die zweite Gruppe von Gemeinden, nämlich Kusel[44], Zwei-

---

[41] OTTO MAYER a. a. O. Bd. I S. 131.

[42] Vergl. Ortspol. Vorschriften vom 22. Febr. 1893 §§ 61 ff., sowie vom 17. Febr. 1892 Art. 8.

[43] Vergl. Ortspol. Vorschriften vom 27. Okt. 1902 § 2 und Vollzugsvorschriften.

[44] Vergl. Ortspol. Vorschriften vom 16. Nov. 1898 § 112.

brücken [45], Grünstadt [46], Kirchheimbolanden [47], Edenkoben [48], Landau [49], Dürkheim [50], fordert von den Adjazenten sämtliche Kosten der Unterhaltung.

In einer dritten Gruppe von Gemeinden, vertreten durch Pirmasens [51] und Ludwigshafen a. R. [52], haben die Adjazenten nicht nur sämtliche Kosten der Trottoirunterhaltung, sondern auch noch die durch Reparatur des Trottoirs entstehenden Kosten der Veränderung von Gas-, Wasser- und Kanal-Anschlüssen zu tragen. Auch das oben bereits in der ersten Gruppe genannte Neustadt a. H. ist hierherzurechnen.

Zur Rechtfertigung ihres Vorgehens berufen sich die Gemeinden auf die von ihnen in ihrer Eigenschaft als Ortspolizeibehörden erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften. Nun erfordert, wie oben ausgeführt wurde, im Rechtsstaat jeder polizeiliche Eingriff eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Dieser Grundsatz ist ganz besonders scharf ausgeprägt im bayrischen Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dez. 1871. Dasselbe beruht, ebenso wie das hiervon abgeleitete badische und württembergische Pol.-StrGB auf dem Prinzip der Spezialdelegation [53]. Die erwähnten Gemeinden berufen sich nun zur Stütze der von ihnen erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften auf den § 366, Ziffer 10 des RStrGB.

Derselbe lautet: „Mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder

---

[45] Laut Ortspol. Vorschriften vom 28. Mai 1880 §§ 94—97.
[46] Laut schriftlicher Mitteilung.
[47] Ortspol. Vorschriften vom 17. Juni 1901 S. 36 Ziff. 1, 2.
[48] Ortspol. Vorschriften vom 23. Dez. 1892 § 5 Abs. 3.
[49] Ortspol. Vorschriften vom 29. März 1906.
[50] Ortspol. Vorschriften vom 15. Aug. 1902.
[51] Ortspol. Vorschriften vom 19. Sept. 1902 § 1—3.
[52] Ortspol. Vorschriften vom 17. Aug. 1900 § 1—3.
[53] Vergl. THOMA, Der Polizeibefehl nach badischem Recht 1906 Bd. I S. 224.

mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft: . . . . 10) wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Strassen, Plätzen oder Wasserstrassen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt".

Nun bestimmt der Art. 2, Ziffer 6 des PolStrGB. für das Königreich Bayern: „die nach § 366 Ziff. 10 (des RStGB.) zulässigen Polizeiverordnungen zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Strassen und Plätzen werden durch ober-, distrikts- oder ortspolizeiliche Vorschriften erlassen".

Aus der zitierten reichsgesetzlichen Bestimmung hat man ganz unbedenklich eine Kompetenz zum Erlass von Polizeivorschriften zwecks Heranziehung der Adjazenten zu Trottoirbeiträgen in folgender Weise abgeleitet.

Der § 366 Ziff. 10 — so meint man — gibt den Polizeibehörden die reichsgesetzliche Ermächtigung, Verordnungen zu erlassen. Die Art, wie solche erlassen werden sollen, hat nun der Art. 2 Ziff. 6 des PolStGB. bestimmt, nämlich durch ober-, distrikts- oder ortspolizeiliche Vorschriften. Da nun die Trottoirs der „Sicherheit und Bequemlichkeit des Strassenverkehrs" dienen, die Polizeibehörde aber nach § 366 Ziff. 10 RStGB. ermächtigt ist, Verordnungen zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf öffentlichen Wegen und Strassen zu erlassen, so ermächtigt das RStGB. die Ortspolizeibehörden, die Unterhaltung der Trottoirs im Verordnungswege zu erzwingen [54].

---

[54] Auf diesem Standpunkt steht auch eine konstante Judikatur der bayr. Gerichte, vergl. Entsch. des obersten Gerichtshofs Bd. V S. 74; Entsch. des Oberlandesger. München, Strafsachen Bd. IV S. 81 ff.; Entsch. des Oberlandesger. München vom 18. Mai 1895 s. Minist.Amtsblatt S. 329 ff.; Entsch. des Oberlandesger. München vom 17. Dez. 1898 s. Minist.Amtsblatt von 1900 S. 173 ff.; Entsch. des Oberlandesger. München vom 11. April 1900 s. Minist.Amtsblatt S. 330 ff.; sowie Blätter f. admin. Praxis Bd. 51 S. 107 ff.; dagegen Strafkammer des Landgerichts Frankenthal vom 20. Sept. 1898, Ausführungen des Staatsanwalts, publiziert von SEYDEL, Blätter f. a. P. Bd. 49 S. 152.

Diese Deduktion ist jedoch in jedem Punkte anfechtbar.

Was zunächst die aus § 366 Ziff. 10 abgeleitete Kompetenz betrifft, so herrscht in der Literatur nahezu völlige Uebereinstimmung darüber, dass diese reichsgesetzliche Bestimmung keinerlei Ermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen gibt [55].

Diesen Standpunkt hat vor allem Rosin [56] mit Nachdruck vertreten. Nach Rosin enthält bei den sog. Blankettstrafgesetzen nur die Strafandrohung eine selbständige Ausübung der eigenen Gesetzgebungsgewalt des Reiches, während die Norm nur die begrifflich notwendige Umschreibung des Tatbestandes bildet, auf welchen die Strafdrohung Anwendung finden soll. Bei dieser durch die Polizeiverordnung festzustellenden Norm handelt es sich daher nicht um eine reichsgesetzliche Delegation, sondern nur um einen reichsgesetzlichen Vorbehalt; das Landesrecht bildet die Grundlage für die Normfeststellung. Die erlassenen Polizeiverordnungen sind daher materiell nicht Reichs-, sondern Landesrecht.

Aehnlich spricht sich Binding [57], bezugnehmend auf § 366 Ziff. 10 aus: „Gleichgültig ist, von wem die Polizeiverordnung erlassen ist, ob von der obersten Landespolizeibehörde, oder von der Bezirkspolizei oder von der Ortspolizei, sofern nur die Polizei zu einer solchen Verordnung zuständig war". Es gewährt ihnen „das Reichsblankettgesetz eine ausdrückliche Anerkennung".

Auch Bornhak [58] hebt ausdrücklich hervor, dass das RStGB. die Befugnis zum Erlasse von Polizeiverordnungen nicht regeln

[55] Vergl. ausser den oben zitierten Entsch. noch Entsch. des Oberlandesger. München, Strafsachen Bd. IV S. 100, 238, Bd. V S. 90, Bd. VI S. 543, 626, 685, sowie Entsch. des Oberlandesger. München v. 17. März 1896; s. Minist.Amtsblatt S. 105 ff.

[56] Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 72 ff.

[57] Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. 1890 S. 163 ff.

[58] Bornhak, Das Polizeiverfügungsrecht in Preussen, Verwalt.Archiv V S. 153.

2. De la voirie et des chemins vicinaux dans l'étendue de la commune;

2. Des Strassenwesens und der Nebenwege im Umfange der Gemeinde;

3. De l'entretien de l'horhoge, des fontaines, halles et autres édifices publics si la commune en possède;

3. Des Unterhalts der Uhr, der Springbrunnen, Hallen, und anderer öffentlichen Gebäude, wenn die Gemeinde welche besitzt;

4. Des registres destinés à l'état civil;

4. Der Register für den Zivilstand;

5. De l'entretien des fossés, aqueducs et ponts à un usage et d'une utilité particulières à la commune, et qui, de leur nature ne font pas partie des objets compris dans les dépenses générales des travaux publics;

5. Des Unterhalts der Gräben, Wasserleitungen und Brücken, zu einem Gebrauch und von einem Nutzen, der der Gemeinde eigen ist, und welche ihrer Natur nach nicht zu den Objekten gehören, die in den allgemeinen Ausgaben der öffentlichen Arbeiten begriffen sind.

6. Des frais de la garde des bois communaux;

6. Der Kosten für die Bewachung der Gemeinde-Wälder:

7. Des remises à accorder aux percepteurs des contributions foncière et personnelle;

7. Der Nachlässe, die den Einziehern der Grund- und Personal-Steuer zu bewilligen sind;

8. De la contribution foncière des biens communaux, à l'acqit de laquelle il sera toujours pourvu par une article spécial dans l'état des dépenses;

8. Der Grundsteuer der Gemeinde-Güter, zu deren Abtrag immer durch einen besonderen Artikel im Verzeichnis der Ausgaben gesorgt werden soll;

9. Des frais de réverbères; lanternes, de ceux relatifs aux incendies, de ceux de l'enlèvement des boues et autres objets de sûreté, propreté et salubrité;

9. Der Kosten für die Strassenleuchten und Laternen, der Kosten in Feuersbrünsten, jener der Kot-Ausführung, und anderer Sicherheits-, Reinlichkeits- und Gesundheits-Objekte;

Strafmass, sobald die Partikulargesetzgebung eine solche Anordnung erlässt und hiermit die Vorschrift des Strafgesetzbuchs einen realen Inhalt empfängt"[64]. Das Strafgesetzbuch setzt also eine durch die Partikulargesetzgebung gestützte und bereits erlassene Anordnung ausdrücklich voraus.

Den sichersten Beweis für seine Behauptung findet Rosin[65] in dem historischen Zusammenhang des RStGB. mit dem preussischen StGB.[66]. „Dasselbe, unterm 14. April 1851 erlassen, hatte zweifellos nicht die Absicht, das unterm 11. März 1850 ergangene Gesetz über die Polizeiverwaltung mit seinen umfassenden Delegationen durch neue, spezielle Delegationen zu ergänzen. Die Tendenz ging vielmehr nur dahin, unter Androhung bestimmter Strafen den Kreis der Polizeiverordnungen zu umschreiben, auf welche dieselben Anwendung finden sollten. Er delegierte nicht, sondern behielt den Polizeibehörden ihr delegiertes Recht nur vor".

Auch aus einem anderen, staatsrechtlichen Grundsatz hat man die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung zu begründen versucht. Man hat aus der Tatsache, dass nach der Reichsverfassung die Gliedstaaten mit der Vollziehung beauftragt sind[67], geschlossen, dass die Reichsgesetzgebung die Ergänzung ihrer Strafandrohung durch die Norm aus dem Landesrecht erwarte. Allein dieses staatsrechtliche Argument ist nicht stichhaltig, denn diesen staatsrechtlichen Grundsatz hat die Reichsgesetzgebung an vielen Stellen selbst durchbrochen[68] und man könnte ja gerade einwenden, das sei einer jener Fälle, in welchen

[64] Motive S. 87.

[65] Rosin, a. a. O. S. 72 Note 16.

[66] Der § 366 Ziff. 10 hat seine Grundlage in § 344 Ziff. 8 des StGB. für die preussischen Staaten v. 14. April 1851; der betr. Passus ist fast gleichlautend in das RStGB. übernommen worden. Vergl. dazu Goltdammer, Die Materialien zum Preuss. StGB 1852 Bd. II S. 726.

[67] Otto Mayer, Deutsches VR. Bd. I S. 311.

[68] Otto Mayer S. 312.

haltung zu tragen ist. Daher sollen in denjenigen Städten, in welchen die gewöhnlichen Einkünfte für die Herstellung (établissement), Wiederherstellung (restauration) und Unterhaltung (entretien) des Pflasters nicht ausreichen, die Präfekte die Ermächtigung erteilen können, dass die Kosten den Anliegern aufgelegt werden, in der Weise, wie es vor dem Gesetze vom 11. frimaire in Uebung war.

Es kann auf den ersten Blick zweifelhaft sein, ob diesem Staatsratsgutachten, das seinem Zweck und Inhalte nach eine authentische Interpretation des Gesetzes vom 11. frimaire VII darstellt, wirklich gesetzliche Kraft zuzuschreiben ist. Allerdings ist das Gutachten im Gesetzblatt publiziert worden [99]. Nach WAND [100] war die Frage besonders während der Restauration sehr bestritten, ob die während des Kaiserreichs im Gesetzblatt publizierten und zuweilen ohne die Mitwirkung aller gesetzgebender Faktoren entstandenen Dekrete, Staatsratsgutachten etc. gesetzliche Kraft erlangten. Allein heute herrscht darüber kein Zweifel mehr. Die Rechtsverbindlichkeit des Staatsratsgutachtens vom 25. März 1807 ist in der Verwaltungspraxis stets anerkannt worden und der französische Gesetzgeber hat in einem Etat-

---

[99] S. Bulletin des lois de l'empire français Paris 1807, 4e Serie Nr. 2270. — Dasselbe hat folgenden Wortlaut: „Le conseil d'état . . . . . . estime que la loi du 11 frimaire VII, en distinguant la partie du pavé des villes à la charge de l'état de celle à la charge des villes, n'a point entendu règler de quelle manière cette dépense serait acquittée dans chacque ville et qu'on doit continuer de suivre à ce sujet l'usage établi pour chaque localité, jusqu'à ce qu'il ait été statué par un règlement général sur cette partie de la police publique. En conséquence que dans les villes ou les revenus ordinaires ne suffisent pas à l'établissement, restauration ou entretien du pavé, les préfets peuvent en autoriser la dépense à la charge des propriétaires, aiusi qu'il s'est pratiqué avant la loi du 11 frimaire au VII." (Abgedruckt bei WAND, S. 365/66, sowie in Entsch. des preuss. OberVerwalt.-Gerichts Bd. 47 S. 252).

[100] WAND, a. a. O. S. 396 ff., vergl. auch die dort zitierten französischen Quellen.

Die oben vertretene Auffassung hat jedoch LOENING[73] bestritten. Er glaubt, dass die süddeutschen Gesetzgebungen von der richtigen Ansicht ausgehen, wenn sie in den sog. Blankettstrafgesetzen des RStGB. eine reichsgesetzliche Delegation zum Erlasse von Polizeiverordnungen erblicken. Seinen Standpunkt hat LOENING nicht weiter begründet, jedenfalls ist aber seine Meinung durch die oben zitierten neueren Untersuchungen als widerlegt zu betrachten.

Dass die süddeutsche Gesetzgebung auf dem von LOENING vertretenen Standpunkt steht, ist allerdings richtig. Die Annahme von THOMA[74], dass das badische Einführungsgesetz zum RStGB. von 1871 in der irrigen Annahme einer reichsgesetzlichen Delegation des § 366 Ziff. 10 durch LOENINGs Auffassung inspiriert war, klingt nicht sehr wahrscheinlich[75]. Wenn THOMA unter Berufung auf SCHICKER[76] weiter ausführt, das württembergische PolStGB. habe sich dieser irrtümlichen Auffassung nicht angeschlossen, so geht das jedenfalls aus der angezogenen Stelle nicht hervor. Im Gegenteil, SCHICKER spricht an anderer Stelle[77] davon, dass der § 366 Ziffer 10 zu allgemeinen Verordnungen ermächtige. Also auch im württembergischen Recht scheint man eine reichsgesetzliche Delegation anzunehmen, es ist jedenfalls im PolStGB. vom 27. Dez. 1871 kein Rechtssatz für die zu § 366 Ziff. 10 erlassenen Polizeiverordnungen zu finden.

[73] LOENING, Deutsches Verw.R. S. 235 Note 3.

[74] THOMA a. a. O. S. 319.

[75] Der von THOMA zitierte Aufsatz (Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 1871 S. 185, 193) stammt nicht von LOENING, sondern von dem Herausgeber WIELANDT (vergl. S. 89). Ausserdem scheint der Verfasser dieses Aufsatzes von der Annahme einer reichsgesetzlichen Delegation weit entfernt. (Vergl. z. B. S. 192 b). Jedenfalls ist ein solcher Gedanke nirgends klar ausgesprochen.

[76] SCHICKER, Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren in Württemberg 3. Aufl. 1899 S. 248 N. 1 und 2.

[77] SCHICKER, a. a. O. S. 64 Nr. 4, S. 65 Absatz 5 und 6.

Das bayrische PolStGB. v. 26. Dez. 1871 steht ebenfalls auf dem irrigen Standpunkt einer reichsgesetzlichen Delegation. Zwar hatte bei der Beratung des Gesetzes der verdiente Referent und Kommentator des bayr. PolStGB. Prof. Edel die richtige Meinung ausgesprochen, dass durch die reichsgesetzliche Vorschrift kein neues Verordnungsrecht der Landesregierungen geschaffen werden sollte [78]. Die irrtümliche gegenteilige Meinung, von Riedel vertreten, hat jedoch schliesslich den Sieg davongetragen.

Der Irrtum, der dem Art. 2 Ziff. 6 des bayr. PolStGB. zugrunde liegt, ist nun für die Rechtsprechung verhängnisvoll geworden. Aus den oben zitierten Entscheidungen geht hervor, dass eine konstante Rechtsprechung der bayrischen Gerichte an der falschen Auffassung festhält. Selbst die vortrefflichen Untersuchungen von Rosin, Otto Mayer, Rehm, Seydel u. a. vermochten die bayrischen Gerichte nicht zu überzeugen. Noch in den neuesten Erkenntnissen erklärt das Oberste Landesgericht [79] bei der Prüfung der betr. Polizeiverordnungen bezüglich des zugrunde liegenden Rechtssatzes, dass die betr. Vorschriften, auf Grund des § 366 Ziff. 10 erlassen seien. Man kann sich von dem in Art. 2 Ziff. 6 des PolStGB. ausgesprochenen Gedanken der „nach § 366 Ziff. 10 zulässigen [80] Polizeiverordnungen" gar nicht trennen.

Als Resultat der vorstehenden Betrachtungen ergibt sich nun, dass sämtliche Polizeiverordnungen, welche sich nur auf § 366 Ziff. 10 RStGB. stützen und

---

[78] Vergl. Kammer der Abgeordneten, Verhandl. des Gesetzgebungsausschusses v. 1871/72 Bd. I S. 92 ff., Bd. II S. 4—14 zitiert bei Thoma, I 319 Note 14.

[79] Vergl. Entscheidungen in Strafsachen: Bd. II S. 396, Bd. III S. 117, 344, Bd. IV S. 128, 179, 269, 317, 392.

[80] Vergl. auch Seydel, Blätter f. a. Praxis Bd. 47 S. 357; nach § 366 Ziff. 10 ist gar nichts zulässig, er enthält nur eine Bestimmung des Strafrechts und nicht des Verwaltungsrechts.

in der Landesgesetzgebung keine gesetzliche Grundlage haben, rechtsungültig sind.

Nun unterliegt es ja keinem Zweifel, dass die Polizeiverordnungen zwecks Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf öffentlichen Strassen ganz unentbehrlich sind. Da nun im bayrischen Landesrecht kein Rechtssatz existiert, der dieselben stützen kann, so muss ein solcher erst geschaffen werden. Der Gesetzgeber hat sich eben geirrt und muss diesen Irrtum wieder gut machen. Denn die gesetzliche Bestimmung des Art. 2 Ziff. 6 des bayr. PolStGB. hat nicht die Kraft, der reichsrechtlichen Vorschrift des § 366 Ziff. 10 RStGB. einen andern Inhalt zu geben.

Ist nun ein derartiger Rechtssatz im Landesrecht geschaffen, welcher die Polizeibehörde ermächtigt, Verordnungen zwecks Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf öffentlichen Strassen zu erlassen, dann entsteht die weitere Frage, ob auf Grund einer solchen Bestimmung die Polizeibehörden von den Adjazenten die Trottoirunterhaltung im Verordnungswege erzwingen können.

Das ist in den oben zitierten Entscheidungen durchweg bejaht [81]. Nach den bereits im 1. Kapitel ausgeführten Grundsätzen muss dies jedoch mit aller Entschiedenheit bestritten werden. Hier wird ja die Verwirrung der Begriffe Wegebau und Wegepolizei, die auf den ersten Blick bedeutungslos erscheint, gefährlich. Denn hier ist das verpflichtete Subjekt, die Gemeinde, auf der andern Seite zugleich Polizeibehörde und kann als solche zugleich strassenpolizeiliche Anordnungen treffen [82]. Da aber die Polizeibehörde nur befugt ist, den Verkehr

[81] Z. B. Oberlandesger. München v. 11. April 1900: Die Trottoirherstellung gehört ins Wegepolizeirecht! vergl. Blätter f. adm. Praxis Bd. 51 S. 111.

[82] Vergl. hierüber die obigen Ausführungen in Kapitel 1.

auf der Strasse zu regeln, nicht aber den baulichen Zustand derselben zu beeinflussen, so überschreitet die Polizeiverordnung, welche sich auf die Unterhaltung der Trottoirs erstreckt, den sachlichen Bereich der polizeilichen Gewalt [83]. Man erkennt hier ganz deutlich, wie die Gemeinde in einen Akt der innern Verwaltung eingreift, um einen Teil der ihr selbst kraft positiven Rechts [84] obliegenden Verpflichtung auf die Adjazenten zu überwälzen. Die Gemeinde missbraucht die ihr als Ortspolizeibehörde zustehende Befehlsgewalt. „Solches Faustrecht passt nicht in unsern Rechtsstaat" hat einmal SEYDEL [85] in diesem Zusammenhang treffend gesagt.

Man sieht also, die Massnahme der Gemeinden, im Wege der Polizeiverordnung die Unterhaltung der Trottoirs den Adjazenten aufzubürden, gerät mit der ganzen Lehre von der polizeilichen Gewalt in Konflikt. Insbesondere verstösst sie auch gegen den Grundsatz, dass sich im Rechtsstaate der polizeiliche Eingriff nur gegen den Störer richten kann [86]. Stören kann ein Individuum sowohl durch polizeiwidriges Handeln, als auch entsprechendes Unterlassen. So handelt z. B. der Eigentümer eines baufälligen Hauses polizeiwidrig, wenn er der Aufforderung der Polizeibehörde zur Abänderung des Zustandes

---

[83] Das hat auch EDEL zutreffend erkannt, wenn er mit Bezug auf die vorliegende Frage ausführt, dass die Sorge für Anlage und Unterhaltung der Strassen keine Polizei- sondern eine Verwaltungsangelegenheit ist, die nach Bedeutung der Strasse in die Aufgabe von Staat, Distrikt oder Gemeinde fällt. (EDEL, Das PolStGB. für Bayern v. 1871 S. 165.)

[84] Nämlich GemO. Art. 29, näheres weiter unten.

[85] SEYDEL, Blätter f. adm. Praxis Bd. 47 S. 360.

[86] Vergl. die von OTTO MAYER (Bd. I S. 270) zitierte interessante Entscheidung des preussischen Oberverw.Gerichts. Die Polizei will im Interesse der Sicherheit eines Weges die Angrenzer zur Herstellung eines Zaunes zwingen. Das Oberverw.Gericht missbilligt dies, da die Polizei sich nur an den Wegebauverpflichteten halten könne, „an den Störer", nicht aber kann sie von einem Dritten die Herstellung einer durch die veränderten Bedürfnisse der verkehrsnotwendigen Neuanlagen fordern.

nicht nachkommt. Wäre nun die Ortsstrasse im Eigentum der Adjazenten, dann hätte die Polizeibehörde das Recht; auf den baulichen Zustand der Strasse einzuwirken[87]. Das ist ja aber grundsätzlich nicht der Fall. Mit vollem Recht hat daher SEYDEL[88] geltend gemacht: „wenn den Anliegern nicht bezüglich des Zustandes ihres eigenen Grundstückes, sondern bezüglich der Strasse, — also eines fremden Grundstückes — Leistungen auferlegt werden zu dem Zweck und mit der Wirkung, denjenigen zu entlasten, der für die Verwaltungseinrichtung zu sorgen hat, dann ist dieses schlechterdings nicht mehr Polizei“[89].

Die von den pfälzischen Gemeinden erlassenen, auf § 366 Ziff. 10 RStGB. gestützten ortspolizeilichen Vorschriften, welche die Adjazenten zu Trottoirbeiträgen heranziehen, sind daher aus 3 Gründen nichtig:

1) Weil ihnen die erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt.

2) Weil die Polizeibehörde innerhalb der vermeintlichen gesetzlichen Grundlage den sachlichen Bereich ihrer Befugnisse weit überschreitet.

3) Weil sie bestehenden Gesetzen (nämlich Art. 29 der pfälz. Gem.O.) widersprechen[90].

In ihrer Eigenschaft als Polizeibehörde hat also die Gemeinde kein Recht, den Adjazenten eine derartige Auflage zu machen. Es ist nun die Frage, ob nach einer anderweitigen

---

[87] Es soll hier natürlich keineswegs verkannt werden, dass es auch Fälle gibt, in denen der Strassenkörper im Privateigentum steht. Hier soll nur der öffentliche Charakter, die Tatsache der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Gemeinde zur Unterhaltung der Ortsstrasse hervorgehoben werden.

[88] SEYDEL, Bayrisches Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. III S. 307, vergl. auch Blätter f. adm. Praxis, Bd. 47 S. 356, Bd. 48 S. 360.

[89] In diesem Sinn auch EDEL, a. a. O. S. 166.

[90] Pol. Verordnungen, welche gegen bestehende Gesetze verstossen, sind nichtig. PolStGB. § 10.

Bestimmung des Landesrechts die Gemeinde als solche in der Lage ist, kraft ihres kommunalen Besteuerungsrechtes die Adjazenten zu Trottoirbeiträgen heranzuziehen.

Diese Frage führt nun auf die lebhafte Kontroverse betreffs der Gültigkeit einiger hierher gehöriger älterer französischer Vorschriften, nämlich des Gesetzes vom 11. Frimaire VII (1. Dez. 1798) und des hierauf basierenden Staatsratsgutachten vom 25. März 1807. Es zeigt sich hier, dass die oben erörterte Frage der Bedeutung des § 366 Ziff. 10 RStGB. von grosser Wichtigkeit ist und nicht mit ein paar Worten abgetan werden kann. Denn wären die betr. Polizeiverordnungen durch diese reichsrechtliche Vorschrift gestützt, dann wäre die ganze Kontroverse bezüglich der im Landesrecht wurzelnden französischen Rechtsvorschriften bedeutungslos; Reichsrecht bricht Landesrecht.

Bei der Prüfung der Gültigkeit dieser älteren französischen Vorschriften ist vor allem zu untersuchen, ob das Gesetz vom 11. Frimaire VII im Gebiete des pfälzischen Rechts Gesetzeskraft erlangte. Die Frage ist zu bejahen, denn es ist in der sog. Rudlerschen Sammlung enthalten [91].

Ob das Frimaire-Gesetz noch heute in der Pfalz zu Recht besteht, ist davon abhängig,

1) ob es im Zeitpunkt der Abtrennung der Pfalz von Frank-

[91] Vergl. Bd. XVII S. 100—136. — Der nach der Okkupation der Pfalz durch die Franzosen für die eroberten Länder eingesetzte Regierungskommissar Rudler und dessen Nachfolger haben die französischen Gesetze, soweit sie Anwendung finden sollten, in einer Sammlung publiziert. (S. Geib, Handbuch für die Gemeindebehörden der Pfalz, Bd. 1 S. 2 ff.). Alle nach der definitiven Vereinigung der 4 rheinischen Departemente mit Frankreich (1. Vendémiaire XI = 23. Sept. 1802) erlassenen Gesetze und Verordnungen waren ohne weiteres für diese Departemente, wie für das übrige Frankreich rechtsverbindlich. Allein alle vor der definitiven Vereinigung erlassenen französischen Gesetze und Verordnungen haben nur insoweit in der Pfalz Rechtskraft, als sie ausdrücklich publiziert sind. Das Gesetz vom 11. Frimaire VII ist also für das pfälzische Rechtsgebiet durch Aufnahme in die Rudlersche Sammlung Gesetz geworden.

reich im französischen Reiche noch in Geltung war,

2) ob es inzwischen in der Pfalz nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch entgegenstehende Gesetze beseitigt worden ist.

Dass das Frimaire-Gesetz bei der Abtrennung der Pfalz im französischen Reiche fortbestand, ist von keiner Seite bestritten. Es geht dies auch aus den Verhandlungen über das am 7. Juni 1845 in Frankreich erlassene Gesetz „concernant la répartition des frais de construction des trottoirs“ [92] unzweifelhaft hervor, denn dieses Gesetz bezweckte ja gerade, das in Frankreich noch damals bestehende Frimaire-Gesetz zu modifizieren [93].

Schwieriger ist die Entscheidung der zweiten Frage, ob das Frimaire-Gesetz nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch entgegenstehende Gesetze beseitigt ist. Zur Prüfung dieser Frage ist es nötig, auf den Inhalt dieses Gesetzes, des darauf bezüglichen Staatsratsgutachtens vom 25. März 1807, sowie auf die Geschichte der pfälzischen Gemeindegesetzgebung näher einzugehen.

Der hierher gehörige § II Absatz IV des Gesetzes vom 11. frimaire VII, der von den öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten der Gemeinden handelt [94], lautet:

III. Les dépenses communes, quant aux communes faisant partie d'un canton, sont celles:	**III. Die Gemeinde-Ausgaben, welche die zu einem Kanton gehörigen Gemeinden angehen, sind die,**
1. De l'entretien du pavé, pour les parties qui ne sont pas grande route;	1. Des Pflaster-Unterhaltes, für die Wegteile, die nicht Hauptstrassen sind;

[92] Abgedruckt bei RUFER, Die Trottoirfrage im Lichte der in der bayr. Pfalz geltenden Gesetze, Ludwigshafen a. Rh. 1895 S. 38.

[93] Der Kürze halber sei hier auf die ausführl. Untersuchung bei RUFER S. 13 verwiesen.

[94] Die Bestimmungen dieses Gesetzes § II Abs. IV haben später in der Gemeindeordnung Aufnahme gefunden (vergl. besonders Art. 29 der Gem.O.)

2. De la voirie et des chemins vicinaux dans l'étendue de la commune;

3. De l'entretien de l'horhoge, des fontaines, halles et autres édifices publics si la commune en possède;

4. Des registres destinés à l'état civil;

5. De l'entretien des fossés, aqueducs et ponts à un usage et d'une utilité particulières à la commune, et qui, de leur nature ne font pas partie des objets compris dans les dépenses générales des travaux publics;

6. Des frais de la garde des bois communaux;

7. Des remises à accorder aux percepteurs des contributions foncière et personnelle;

8. De la contribution foncière des biens communaux, à l'acqit de laquelle il sera toujours pourvu par une article spécial dans l'état des dépenses;

9. Des frais de réverbères; lanternes, de ceux relatifs aux incendies, de ceux de l'enlèvement des boues et autres objets de sûreté, propreté et salubrité;

2. Des Strassenwesens und der Nebenwege im Umfange der Gemeinde;

3. Des Unterhalts der Uhr, der Springbrunnen, Hallen, und anderer öffentlichen Gebäude, wenn die Gemeinde welche besitzt;

4. Der Register für den Zivilstand;

5. Des Unterhalts der Gräben, Wasserleitungen und Brücken, zu einem Gebrauch und von einem Nutzen, der der Gemeinde eigen ist, und welche ihrer Natur nach nicht zu den Objekten gehören, die in den allgemeinen Ausgaben der öffentlichen Arbeiten begriffen sind.

6. Der Kosten für die Bewachung der Gemeinde-Wälder;

7. Der Nachlässe, die den Einziehern der Grund- und Personal-Steuer zu bewilligen sind;

8. Der Grundsteuer der Gemeinde-Güter, zu deren Abtrag immer durch einen besonderen Artikel im Verzeichnis der Ausgaben gesorgt werden soll;

9. Der Kosten für die Strassenleuchten und Laternen, der Kosten in Feuersbrünsten, jener der Kot-Ausführung, und anderer Sicherheits-, Reinlichkeits- und Gesundheits-Objekte;

10. Enfin, des faux-frais de l'agence municipale, en encre, papier, plumes, etc.	10. Der kleinen Unkosten der Munizipal-Agentschaft, in Dinte, Papier, Federn, etc.

In Absatz IV Ziffer 1 dieses Gesetzes wird also die Unterhaltung des Pflasters für die Wegteile, welche nicht Hauptstrassen sind, für eine gemeindliche Last erklärt. Daher scheiden alle Strassen, die zu dem grossen Strassenwesen gehören (d. h. die heutigen Staats- und Distriktsstrassen, einschliesslich Leinpfad)[95] hier aus und die Vorschrift findet lediglich auf die Gemeindewege Anwendung.

Bald nach Erlass dieses Gesetzes erhoben sich nun Zweifel, ob alle alten Gesetze, Gewohnheitsrechte und Ortsgebräuche (usages), wonach die Angrenzer das Pflaster herzustellen hatten, beseitigt sein sollten[96]. Es sind diese Zweifel verständlich, wenn man erwägt, dass die vor 1789 bestehenden Gesetze den Angrenzern überhaupt die Unterhaltung des Pflasters auferlegten[97]. Die Frage wurde nun durch eine Staatsratsentscheidung[98] vom 25. März 1807 in folgender Weise gelöst:

Das Frimaire-Gesetz hat keine Bestimmung darüber treffen wollen, in welcher Weise die Verbindlichkeit der Pflasterunter-

---

[95] Vergl. Wand, Die Rechtsverhältnisse der öff. Wege in der Pfalz 2. Aufl. 1887 S. 2 ff.

[96] Vergl. Wand S. 391.

[97] Vergl. Wand S. 391 und die unter * * * zitierte französische Literatur. Die den Angrenzern auferlegte Verpflichtung ist für die französischen Verhältnisse von andern Gesichtspunkten aus zu betrachten, als bei uns in Deutschland, denn ein grosser Teil des geschäftlichen Verkehrs spielt sich in den französischen Grossstädten auf den Trottoirs ab. Vergl. hierüber die lehrreichen Ausführungen bei Rufer S. 22 ff. — Uebrigens hat sich der Ortsgebrauch, welcher die Anlieger zur Pflasterung verpflichtete, aus dem römischen Recht entwickelt. Vergl. Entsch. des preussischen Ober-Verw.Gerichts Bd. 47 S. 254.

[98] „Avis du conseil d'état du 25. mars 1807 sur l'entretien du pavé des villes dans les rues non grandes routes. Vergl. Wand, S. 365/6, Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts S. 330.

haltung zu tragen ist. Daher sollen in denjenigen Städten, in welchen die gewöhnlichen Einkünfte für die Herstellung (établissement), Wiederherstellung (restauration) und Unterhaltung (entretien) des Pflasters nicht ausreichen, die Präfekte die Ermächtigung erteilen können, dass die Kosten den Anliegern aufgelegt werden, in der Weise, wie es vor dem Gesetze vom 11. frimaire in Uebung war.

Es kann auf den ersten Blick zweifelhaft sein, ob diesem Staatsratsgutachten, das seinem Zweck und Inhalte nach eine authentische Interpretation des Gesetzes vom 11. frimaire VII darstellt, wirklich gesetzliche Kraft zuzuschreiben ist. Allerdings ist das Gutachten im Gesetzblatt publiziert worden [99]. Nach WAND [100] war die Frage besonders während der Restauration sehr bestritten, ob die während des Kaiserreichs im Gesetzblatt publizierten und zuweilen ohne die Mitwirkung aller gesetzgebender Faktoren entstandenen Dekrete, Staatsratsgutachten etc. gesetzliche Kraft erlangten. Allein heute herrscht darüber kein Zweifel mehr. Die Rechtsverbindlichkeit des Staatsratsgutachtens vom 25. März 1807 ist in der Verwaltungspraxis stets anerkannt worden und der französische Gesetzgeber hat in einem Etat-

---

[99] S. Bulletin des lois de l'empire français Paris 1807, 4e Serie Nr. 2270. — Dasselbe hat folgenden Wortlaut: „Le conseil d'état . . . . . . estime que la loi du 11 frimaire VII, en distinguant la partie du pavé des villes à la charge de l'état de celle à la charge des villes, n'a point entendu régler de quelle manière cette dépense serait acquittée dans chacque ville et qu'on doit continuer de suivre à ce sujet l'usage établi pour chaque localité, jusqu'à ce qu'il ait été statué par un règlement général sur cette partie de la police publique. En conséquence que dans les villes ou les revenus ordinaires ne suffisent pas à l'établissement, restauration ou entretien du pavé, les préfets peuvent en autoriser la dépense à la charge des propriétaires, aiusi qu'il s'est pratiqué avant la loi du 11 frimaire au VII." (Abgedruckt bei WAND, S. 365/66, sowie in Entsch. des preuss. OberVerwalt.-Gerichts Bd. 47 S. 252).

[100] WAND, a. a. O. S. 396 ff., vergl. auch die dort zitierten französischen Quellen.

gesetze vom 20. Juli 1837, Art. 17 dessen Gesetzeskraft ausdrücklich bestätigt [101].

Dagegen ist die Frage, ob das Frimaire-Gesetz in Verbindung mit dem Staatsratsgutachten für das pfälzische Rechtsgebiet noch von Bedeutung ist, keineswegs in hinreichender Weise geklärt.

Das mehrerwähnte Urteil des Oberlandesgerichts München v. 14. Mai 1886 [102] nimmt an, dass das Frimaire-Gesetz, soweit es die Verpflichtung der Gemeinden zur Pflasterung der Ortsstrassen statuiert, neben der Gemeindeordnung noch zu Recht besteht. Schon früher war von der Kreisregierung der Pfalz [103] das Staatsratsgutachten von 1807 als Rechtsquelle herangezogen worden. Auch die Strafkammer des Landgerichts Frankenthal hat in ihrem Urteil vom 20. Sept. 1898 [104] sich dieser Ueberzeugung angeschlossen, wenigstens wird dort ausgesprochen, dass die von anderer Seite gegen das Fortbestehen dieser älteren Vorschriften angeführten Gründe wenig überzeugend seien.

In einer neueren Entscheidung hat die Kreisregierung der Pfalz abermals die Rechtskraft des Staatsratsgutachtens nachzuweisen versucht [105].

101 S. Entsch. des preuss. OberVerw.Gerichts Bd. 47 S. 252.

102 Entsch. des Oberlandesger. München, Sammlungen Bd. IV S. 81 ff.

103 Entsch. v. 25. Febr. 1876, bestätigt durch Entsch. des kgl. Staatsministeriums d. J. v. 7. Juli 1876; s. Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 371.

104 Publiziert von SEYDEL, Blätter f. adm. Praxis. Bd. 48 S. 375.

105 Entsch. des verwaltungsrechtl. Senats der Kreisregierung für die Pfalz, Kammer d. J. v. 23. Febr. 1897, s. Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 361 ff. — Neuerdings hat sich auch das preuss. OberVerw.Gericht mit dieser Frage beschäftigt und kommt zu dem Ergebnis, dass das Staatsratsgutachten in der Rheinprovinz noch heute Rechtskraft besitzt. Natürlich liegen die Verhältnisse für das rheinpreussisch-französische Rechtsgebiet anders, als für die Pfalz, allein in mancher Beziehung sind die beiden Entscheidungen des OberVerw.Gerichts (v. 6. Februar 1905 und 26. Juni 1905, Entscheid. Bd. 47 S. 248 ff.) doch analog anwendbar. Siehe GERMERSHAUSEN Bd. I S. 338. — Vergl. auch Urteil des Landger. Aachen v. 11. Juli 1894, Blätter f. adm. Praxis Bd. 45 S. 31.

In der Literatur hat sich zuerst MEDICUS[106], und nach ihm insbesondere WAND[107] für die Gültigkeit der beiden französischen Rechtsquellen in entschiedener Weise ausgesprochen. WAND hat seinen Standpunkt auch in seinem Kommentar zur Gem.O.[108] unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Art. 29 der Gem.O. eingehend begründet. RUFER[109] kommt in seiner kleinen, bereits oben zitierten Schrift ebenfalls zu dem Resultat, dass das Gesetz vom 11. frimaire VII, sowie das Staatsratsgutachten vom 25. März 1807 in der Pfalz in ungeschwächter Kraft fortbestehen.

Dagegen hat SEYDEL bereits in der 1. Auflage seines Bayrischen Staatsrechts[110] die Meinung vertreten, dass diese älteren französischen Bestimmungen in ihrer Anwendung auf die Gemeindewege ihre Gültigkeit verloren haben. Mit dieser Behauptung, die er auch an anderer Stelle vertreten hat[111], ist SEYDEL lange Zeit ganz vereinzelt geblieben. Erst in neuerer Zeit hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 1. April 1898[112] unter eingehender Begründung ausdrücklich zum SEYDELschen Standpunkt bekannt.

Zum besseren Verständnis der Streitfrage ist hier vorauszuschicken, dass die Gem.O. für die Pfalz vom 29. April 1869

---

[106] MEDICUS, Gemeindeordnung für die Pfalz S. 83 II.

[107] WAND, S. 390 ff.

[108] WAND, Die Gem.O. für die Pfalz, 2. Aufl. 1894 S. 227/29.

[109] RUFER, a. a. O. S. 37.

[110] SEYDEL, Bayrisches Staatsrecht 1. Aufl. Bd. V S. 509, Note 5, sodann in der 2. Aufl. Bd. III S. 311, Note 17.

[111] SEYDEL, Blätter f. adm. Praxis, Bd. 47 S. 355, Bd. 48 S. 360/61.

[112] Entsch. des bayr. Verwalt.Ger.Hofs, Sammlung Bd. 19 S. 177 ff. — Diesen Ausführungen hat sich auch der Staatsanwalt der Strafkammer des Landger. Frankenthal in der Verhandlung vom 20. Sept. 1898 unter Verwerfung der seitherigen Praxis angeschlossen. Die von SEYDEL mit Recht als wissenschaftlich bedeutsam bezeichneten Ausführungen des Staatsanwalts sind veröffentlicht in Blätter f. adm. Praxis Bd. 49 S. 150, vergl. dagegen die Urteilsbegründung in Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 376.

in Art. 29 folgende Bestimmung aufgenommen hat:

„Ausser den in besonderen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes oder in sonstigen Gesetzen und gesetzmässigen Verordnungen festgestellten Verpflichtungen gehört . . . . . . zu den Obliegenheiten aller Gemeinden . . . . . . die Sorge für Unterhaltung und Reinlichkeit der Ortsstrassen . . . . etc.

Aus dieser Fassung des Art. 29 zieht nun WAND[113] folgende Schlussfolgerung: „Indem der Art. 29 neben den dort aufgezählten Verpflichtungen auf solche Bezug nimmt, welcher ausser in Art. 29 und in andern Artikeln der Gem.O. in sonstigen Gesetzen und gesetzmässigen Verordnungen enthalten sind, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass hier Bestimmungen in Frage kommen, welche zur Zeit des Erscheinens der Gem.O. in Geltung waren und weder durch diese selbst, noch durch andere Gesetze beseitigt worden sind (Gem.O. Art. 130). Es gilt dies insbesondere von den im Gesetze vom 11. frimaire VII, Titel I, Art. 17 II, 4 und § III, 8 aufgezählten Verpflichtungen der Gemeinden, insoweit sie nicht schon in Art. 29 der Gem.O. Aufnahme gefunden haben".

Dagegen hat SEYDEL[114] geltend gemacht, dass diese Bestimmungen des pfälzisch-französischen Rechts durch Art. 29 in Verbindung mit dem noch zu besprechenden Art. 130 der Gem.O. beseitigt sind. Leider hat SEYDEL den von ihm gewählten Standpunkt an keiner Stelle näher begründet, allein es ist nicht schwer, zu erkennen, dass SEYDEL bei seiner Auffassung des bayrischen Verwaltungsrechts zu keinem andern Resultat kommen konnte.

Zu dem gleichen Ergebnis wie SEYDEL ist, wie bereits hervorgehoben, der bayr. Verwalt.Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 1. April 1898 gelangt, allerdings nach eingehender Be-

---

113 WAND, Gem.O. 2. Aufl. S. 229.

114 SEYDEL, Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 360.

gründung an Hand der auf die Gem.O. bezüglichen Kammerverhandlungen.

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus (S. 183), dass „durch Art. 29 der Gem.O. die Verpflichtung der Gemeinden zur Erfüllung der dortselbst einzeln aufgeführten Zwecke neu und in selbständiger Weise gesetzlich festgestellt worden ist". „Es wäre auch in der Tat schwer zu verstehen", — so wird hier ausgeführt —, „welche Absicht die gesetzgebenden Faktoren verfolgt haben sollten, als sie es für erforderlich erachteten, die Verbindlichkeiten, welche künftig allen Gemeinden gleichmässig obliegen sollten, einzeln im Gesetz namhaft zu machen, wenn bei ihnen die Meinung bestanden hätte, dass gleichwohl auch alle diejenigen Bestimmungen aus früherer Zeit unverändert fortdauern sollten, welche in irgend einer Weise sich mit einem der hier bezeichneten Gegenstände befasst hatten".

Diese Ausführungen sind vollkommen zutreffend. Da indessen die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs nicht alle in den Motiven und Kammerverhandlungen niedergelegte Argumente für die Beweisführung heranzieht, soll im folgenden versucht werden, diese Lücke auszufüllen. Zu diesem Zwecke ist es nötig, auf die Geschichte der pfälzischen Gemeindegesetzgebung, die Entstehungsgeschichte des Art. 29 und des damit in Verbindung stehenden Art. 130 der Gem.O. näher einzugehen.

Um sich eine Vorstellung davon zu machen, in welchem Zustand sich die pfälzische Gemeindegesetzgebung vor Erlass der Gem.O. vom 29. April 1869 befand, muss man sich vergegenwärtigen, aus welchen verschiedenartigen Teilen sich dieselbe zusammensetzte.

Die wichtigsten Bestimmungen stammten aus der Zeit der französischen Herrschaft, sowohl der Republik, des Direktoriums, wie auch des Kaiserreichs, mithin aus Epochen, in welchen die verschiedenartigsten Ansichten über das Verhältnis zwischen Staat

und Gemeinde herrschten [115]. Dazu kamen alsdann die nach der Vereinigung der Pfalz mit Bayern erlassenen, zum Teil speziell für die Pfalz publizierten zahlreichen Gesetze und Verordnungen, so dass schliesslich der ganzen Gemeindeverfassung, die systemlos überallhin zerstreut war, jedes einheitliche Gepräge fehlte. Es war daher, wie MEDICUS [116] ausführt, „gewiss der Wunsch gerechtfertigt, diese fragmentarische und buntscheckige Gesetzgebung, deren einzelne Teile miteinander nicht selten im Widerspruch standen, durch eine systematisch geordnete, den Gemeindebürgern leicht zugängliche und verständliche, nebenbei auch in der Sprache des Vaterlandes verfasste Gemeindeordnung ersetzt zu sehen".

Nachdem nun die Regierung den Zeitpunkt für gekommen hielt, eine durchgreifende Aenderung dieser Verhältnisse (die ja im rechtsrheinischen Bayern bezw. der Fülle und Systemlosigkeit der gesetzlichen Bestimmungen ähnlich lagen), vorzunehmen, ging sie von dem Gedanken aus, für das ganze Königreich eine einfache, systematische und abgeschlossene Gemeindegesetzgebung zu schaffen. Damit war ja der überaus schwerfällige Apparat, der auch an die Verwaltungsbeamten hohe Anforderungen stellte, mit einem Schlage beseitigt. Hierbei beabsichtigte man, die in deutschen Rechtsanschauungen wurzelnden und im rechtsrheinischen Bayern erprobten Grundsätze auch auf die Pfalz zu übertragen.

Die Motive [117] besagen hierüber folgendes:

„Die Pfalz entbehrt dermalen einer systematisch geordneten und abgeschlossenen Gemeindegesetzgebung, indem ein Konglomerat von Bestimmungen zur Anwendung gelangt, das aus einer beträchtlichen Zahl französischer Gesetze, Konsularbeschlüsse, kaiserlicher Dekrete und **Staatsratsentscheidungen** (!),

---

[115] MEDICUS, a. a. O. vergl. Einleitung.
[116] MEDICUS, a. a. O. vergl. Einleitung S. 2.
[117] Kammerverhandlungen 1866/69 I. Abteilung, Beilagen Band S 25.

Nun hatte der Regierungsentwurf eine Bestimmung getroffen, aus welcher hervorgeht, dass die Pflasterung, Beleuchtung und Reinigung der Ortsstrassen eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Gemeinde war. Denn der Art. 45 des Reg.Entwurfs führte aus, dass Gemeindeumlagen nur zur Bestreitung solcher Ausgaben erhoben werden dürfen, welche einer Gemeinde nach Gesetz, besonderen Rechtstiteln oder gesetzmässigen Beschlüssen obliegen. Art. 46 fährt dann fort:

„Gemeindeumlagen können unter diesem Vorbehalte insbesondere erhoben werden ..... 7) für Pflasterung, Reinigung und Beleuchtung der Strassen“. Man achte hier wohl darauf, dass diese Bestimmung dem Gesetze vom 11. frimaire VII, § II Absatz IV, Ziffer 1 und 9 entnommen ist!

Zu diesem Art. 46 des Reg.Entwurfs bemerkte der Referent, dass derselbe ersetzt sei durch den Art. 33 (jetzt der Art. 29 der pfälzischen Gem.O.), worauf dessen Abstrich erfolgte. Der Art. 33 (nach 2. Lesung) ist in der oben zitierten Fassung bezügl. des in Rede stehenden Passus ohne Diskussion einstimmig angenommen und Gesetz geworden.

Fasst man den ganzen Gedankengang nochmals zusammen, so ergibt sich, dass der Reg.Entwurf gerade aus dem Gesetz, dessen Gültigkeit man neben der Gem.O. bezüglich der Pflasterpflicht behauptet, nämlich dem Gesetz vom 11. frimaire VII seine Bestimmung betr. der Pflasterpflicht der Gemeinde genommen hat. Die Bestimmung wurde nur gestrichen unter dem Gesichtspunkte, dass wenn in Art. 29 die Gemeinde verpflichtet werde, die Ortsstrassen zu unterhalten, sie auch die Pflasterung vorzunehmen habe. Der Begriff der Strassenunterhaltung ist also nicht durch die Theorie festzustellen, sondern hat in Art. 29 einen ganz bestimmten gesetzlichen Inhalt.

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich nun unzweifel-

überwiegende und spezielle Verhältnisse dazu zwangen[121].

Was nun die Entstehungsgeschichte des in Frage gezogenen Art. 29 der pfälz. Gem.O. betrifft[122], so ist hervorzuheben, dass er — soweit er für unsere Frage in Betracht kommt, — ganz gleichlautend aus dem analogen Artikel der rechtsrheinischen Gem.O. herübergenommen wurde.

Dieser Artikel[123] (jetzt als Art. 38 der rechtsrheinischen Gem.O. bezeichnet) war im Regierungsentwurf nicht vorgesehen. Der Entwurf enthielt nur die aus dem revidierten Gemeinde-Edikt des rechtsrheinischen Bayern übernommene Bestimmung: ... „als einzelne Körperschaften haben sie (nämlich die Gemeinden) alles dasjenige zu leisten, was zur Erreichung ihres gemeindlichen Zweckes erforderlich ist". Da man jedoch eine Aufzählung der gemeindlichen Obliegenheiten — insbesondere gegenüber dem Einschreiten der Verwaltungsbehörden — für zweckmässig erachtete, schlug der Referent, Prof. EDEL in 1. Lesung folgende Fassung des Art. 129 Abs. 2 vor[124]:

„Ausser den in sonstigen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes oder in besonderen Gesetzen und gesetzmässigen Verordnungen festgestellten Verpflichtungen gehört zu den Obliegenheiten der Gemeinde ..... die Sorge für Unterhaltung und Reinlichkeit der Ortsstrassen ..... etc."

In 2. Lesung wurde dieser Passus von Art. 129 Abs. 2 herübergenommen als Art. 33.

---

[121] Kammerverhandl. Stenographische Berichte Bd. V S. 95.

[122] Vergl. WAND, Gem.O. 2. Aufl. S. 227 ff., sowie Entsch. des Verw.-Gerichtshofs Bd. 19 S. 182 ff.

[123] Nämlich Art. 129 Abs. 2 nach der 1. Lesung, in 2. Lesung = Art. 33 der rechtsrhein. Gem.O., nach den Ausschussbeschlüssen 2. Lesung als Art. 39, bezeichnet. Vergl. Kammerverhandlungen 1867/69. Protokolle der Sitzungen des Ausschusses S. 625, ferner: 1866/69 I. Abteilung, Beilagen-Band S. 432.

[124] Vergl. Kammerverhandl. 1867/69, Protokolle S. 625.

Nun hatte der Regierungsentwurf eine Bestimmung getroffen, aus welcher hervorgeht, dass die Pflasterung, Beleuchtung und Reinigung der Ortsstrassen eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Gemeinde war. Denn der Art. 45 des Reg.Entwurfs führte aus, dass Gemeindeumlagen nur zur Bestreitung solcher Ausgaben erhoben werden dürfen, welche einer Gemeinde nach Gesetz, besonderen Rechtstiteln oder gesetzmässigen Beschlüssen obliegen. Art. 46 fährt dann fort:

„Gemeindeumlagen können unter diesem Vorbehalte insbesondere erhoben werden ..... 7) für Pflasterung, Reinigung und Beleuchtung der Strassen". Man achte hier wohl darauf, dass diese Bestimmung dem Gesetze vom 11. frimaire VII, § II Absatz IV, Ziffer 1 und 9 entnommen ist!

Zu diesem Art. 46 des Reg.Entwurfs bemerkte der Referent, dass derselbe ersetzt sei durch den Art. 33 (jetzt der Art. 29 der pfälzischen Gem.O.), worauf dessen Abstrich erfolgte. Der Art. 33 (nach 2. Lesung) ist in der oben zitierten Fassung bezügl. des in Rede stehenden Passus ohne Diskussion einstimmig angenommen und Gesetz geworden.

Fasst man den ganzen Gedankengang nochmals zusammen, so ergibt sich, dass der Reg.Entwurf gerade aus dem Gesetz, dessen Gültigkeit man neben der Gem.O. bezüglich der Pflasterpflicht behauptet, nämlich dem Gesetz vom 11. frimaire VII seine Bestimmung betr. der Pflasterpflicht der Gemeinde genommen hat. Die Bestimmung wurde nur gestrichen unter dem Gesichtspunkte, dass wenn in Art. 29 die Gemeinde verpflichtet werde, die Ortsstrassen zu unterhalten, sie auch die Pflasterung vorzunehmen habe. Der Begriff der Strassenunterhaltung ist also nicht durch die Theorie festzustellen, sondern hat in Art. 29 einen ganz bestimmten gesetzlichen Inhalt.

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich nun unzweifel-

haft, dass in Bezug auf die Strassenpflasterung die Bestimmungen des Gesetzes vom 11. frimaire VII beseitigt sind[125]. Es hätte auch gar keinen Sinn gehabt, in Art. 29 zu sagen, dass der Gemeinde neben der Verpflichtung zur Unterhaltung auch die Verpflichtung zur Pflasterung obliege.

Damit wäre nun die grosse Streitfrage entschieden, wenn nicht von einer Seite der Versuch unternommen worden wäre, die Gültigkeit des Staatsratsgutachtens vom 25. März 1807 unabhängig von dem durch die Gemeindeordnung unzweifelhaft beseitigten Gesetz vom 11. frimaire VII zu verfechten.

In ihrer Entscheidung vom 23. Febr. 1897[126] (aufgehoben durch das mehrfach erwähnte Urteil des Verwaltungsgerichtshofes) gibt die Kreisregierung der Pfalz, k. d. I., zwar zu, dass durch die Gem.O. die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 11. frimaire VII beseitigt sind; trotzdem unternimmt sie den Versuch, das Staatsratsgutachten vom 25. März 1807 auf einem umständlichen und höchst anfechtbaren Wege zu stützen.

Sie führt aus, dass der Art. 29 der Gem.O. als lex generalis erscheine, welche die entsprechende lex generalis vom 11. frimaire VII bezüglich der Unterhaltung der Gemeindewege ersetze. Somit

---

[125] Das ist insbesondere gegen Medicus hervorzuheben, dem selbst der Abstrich des Art. 46 des Reg.Entwurfs und die Gründe hierzu nicht entgangen sind (vergl. dessen Bemerkungen zu Art. 33 S. 98). Denn wenn er an anderer Stelle (S. 83 II) die Strassenbeleuchtung und das Strassenpflaster in Art. 29 vermisst und deshalb das Frimaire-Gesetz ergänzend heranziehen will, so steht das mit obigen, von ihm selbst zitierten Ausführungen, wonach diese Bestimmungen ja in Art. 29 der Gem.O. enthalten sind, in offenbarem Widerspruch. — Freilich hat der Gesetzgeber dabei übersehen, dass die Verpflichtung der Gemeinde zur Beleuchtung ihrer Strassen nicht zur Wegeunterhaltspflicht gehört. Das hat auch der Verwalt.Gerichtshof richtig erkannt (Entsch. des Verw.Ger.Hofs Bd. 16 S. 127). Allerdings ist die dortige Begründung, die gesetzgebenden Faktoren hätten in Art. 38 der Gem.O. (= Art. 29 der pfälz. Gem.O.) nicht Beleuchtung im Auge, unrichtig. Man hat eben die Beleuchtung irrtümlicherweise hier eingerechnet, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 38 oben zeigte.

[126] S. Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 361 ff.

erscheine das Staatsratsgutachten vom 25. März 1807 neben der lex generalis vom 11. frimaire VII als lex specialis und dieses Spezialgesetz sei nach der bekannten Auslegungsregel, wonach ein späteres generelles Gesetz ein früheres spezielles Gesetz nicht aufhebt, durch Art. 29 der Gem.O. nicht beseitigt worden.

Dieser Konstruktion kann nun allerdings nicht — wie das der Verwalt.Gerichtshof tut [127] — mit dem Einwande begegnet werden, die Auslegungsregel sei deswegen hier nicht anwendbar, weil Art. 130 der Gem.O. neben einigen besonders aufgeführten Gesetzen ausdrücklich auch noch überhaupt alle der Gem.O. entgegenstehenden Gesetze und Bestimmungen aufgehoben hat. Denn die Aufhebung aller entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmungen ist kein Rechtssatz, sondern selbst Auslegungsregel und wäre auch eingetreten, ohne dass die Gem.O. dies ausdrücklich hervorhob.

Allein, abgesehen davon, dass die von der Kreisregierung angezogene Auslegungsregel in dieser Allgemeinheit unzutreffend ist [128], geht die Rechtsungültigkeit des Staatsratsgutachtens aus den Grundsätzen hervor, auf denen das Fundament der Gem.O. steht. Die Auslegungsregel ist ja erst dann anwendbar, wenn an keiner Stelle der Motive, Kammer- und Ausschussverhandlungen etwas über die Absicht des Gesetzgebers zu finden ist.

Das fragliche Staatsratsgutachten stützt sich nun auf das vor dem Gesetze vom 11. frimaire VII bestehende, für jede Ortschaft geltende Herkommen. Damit ist gegenüber der Gemeindeordnung sein Schicksal besiegelt.

Denn aus der Entstehungsgeschichte der pfälzischen Gem.O. geht unzweifelhaft hervor, dass im Bereich der Gemeinde-

---

[127] Entscheid. Verw.Gerichtshof Bd. 19 S. 183.

[128] Vergl. Regelsberger, Pandekten, 1893 Bd. I S. 111 Note 11, sowie Bruns-Eck-Mitteis, Pandektenrecht in Holtzendorffs Encyklopädie 6. Aufl. 1904 Bd. I S. 304.

gesetzgebung der Begriff des Herkommens als Quelle des öffentlichen Rechts schlechthin ausgeschlossen ist[129]. Bei der Beratung des von den Abgeordneten Kolb und Soyer eingebrachten Entwurfs führte der k. Staatsminister d. I. aus, man habe in der Kommission in Speyer[130] übereinstimmend erklärt, dass nach den pfälzischen Rechtsverhältnissen der Begriff des Herkommens nicht bestehe und daher auch im Falle seiner Anerkennung in der Gem.O. zu den eigentümlichsten Folgen führen würde[131].

Aus diesem Grunde kann seit dem Inkrafttreten der Gem.O. für die Pfalz das Staatsratsgutachten vom 25. März 1807 als Quelle des öffentlichen Rechts gegenüber der gemeindlichen Verpflichtung zur Unterhaltung der Ortsstrassen nicht mehr in Betracht kommen[132].

---

[129] Vergl. SEYDEL, Bayr. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. II 637 Note 94, Bd. II, 628 Note 7, GEIB, Handbuch, 3. Aufl. 1899 S. 261 Note 2.

[130] Dieselbe tagte vom 19.—22. Okt. 1868 und beriet über den Entwurf einer pfälz. Gem.O., bevor derselbe gemäss dem Antrag Kolb und v. Soyer dem Landtag vorgelegt wurde. Das Protokoll dieser Sitzung ist nicht veröffentlicht und wird bei den Akten des Staatsmin. d. I. handschriftlich verwahrt. Der Einblick ist mir in dankenswerter Weise gestattet worden, doch waren weitere Anhaltspunkte für die vorliegende Frage daraus nicht ersichtlich.

[131] S. Kammerverhdl. 1867/69 I. Abt. Prot. d. Sitz. d. Ausschusses S. 684.

[132] Vergl. hierzu folgenden interessanten, analogen Fall: Art. 31 des Gesetzes vom 16. April 1868 über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt hatte ausdrücklich das Herkommen als Rechtsquelle bezeichnet. Dagegen hat der Verwaltungsgerichtshof (Entsch. Bd. 14 S. 356) mit Recht entschieden, dass diese Rechtsquelle, obwohl sie durch das 1 Jahr vorhergegangene Gesetz ausdrücklich bezeichnet wurde, durch die Gem.O. für die Pfalz beseitigt ist. (Vergl. in diesem Sinn auch SEYDEL, Bd. II S. 638 Note 103.) — Ueber das Herkommen in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, für welche durch die Gem.O. ein neuer Rechtsboden geschaffen wurde, vergl. auch Verw.Ger.Hof Entsch. V S. 210: Ein Entstehungsgrund für Rechte und Pflichten kann nur dann anerkannt werden, wenn das Gesetz (nämlich die Gem.O. welche diesen neuen Rechtsboden schafft) es ausdrücklich zulässt.

Wie wäre auch das Fortbestehen aller dieser älteren Bestimmungen mit den Ausführungen der Motive zu vereinbaren, die gerade die Tatsache der Zusammensetzung der pfälzischen Gemeindegesetzgebung aus den zahlreichen französischen Gesetzen, Staatsratsgutachten etc. als Ursache der notwendigen Aenderung bezeichnen? Wie stimmte das ferner mit dem in den Motiven scharf ausgesprochenen Grundsatz überein, dass die Umgestaltung nur im Sinne der der deutschen Auffassung des Gemeindewesens entsprechenden Prinzipien zu erfolgen habe?

Wenn man nun die Meinung vertritt, dass neben der Gem.O. auch noch alle früheren Bestimmungen weiterbestehen, welche sich in irgend einer Weise mit den in der Gem.O. geregelten Gegenständen befassten, und nicht den Vorschriften der Gem.O. direkt widersprechen, dann hat man die Gefahr, die man gelegentlich der Beratung der rechtsrhein. Gem.O. ausdrücklich zu vermeiden suchte [133], geradezu künstlich geschaffen. Es ist auch leicht einzusehen, dass wenn jemand sich die Mühe

---

[133] Vergl. hierzu die Ausführungen des Abg. Brater (Kammerverhandl. II. Abteilung, Protokolle der Sitzungen des Ausschusses S. 601): Brater hält es für wichtig, dass der ganze bisherige Apparat von Verordnungen, Vollzugs-Instruktionen und generalisierten Entschliessungen mit einem Strich vertilgt werde. Wenn man dies nicht tue, werde nach Verkündigung des Gemeindegesetzes niemand im Lande mehr wissen, was von diesen zahllosen Instruktionen und Entschliessungen noch gelte und was nicht mehr. Erst im Laufe der Jahre werde man erfahren, jenes Reskript sei noch gültig, dieses nicht mehr, das eine gehöre zu den entgegenstehenden Vorschriften, das andere nicht. Zunächst müsse tabula rasa gemacht und ausser allen Zweifel gestellt werden, dass alle alten Instruktionen und Reskripte ihre Gültigkeit verloren hätten. Das war nach Aeusserung des Ministerialkommissärs auch der Standpunkt der Regierung. Es steht nichts im Wege, diese Ausführungen im Wege der Analogie auch auf die pfälzische Gem.O. anzuwenden. Denn hier war ja die erwähnte Gefahr eine viel grössere. Zudem hat ja die Praxis bestätigt, dass die vom Abg. Brater prophezeite Konfusion wirklich eingetreten ist!

nehmen wollte, alle Detailbestimmungen und Feinheiten der früheren Gesetzgebung aufzusuchen, welche der Gem.O. nicht direkt entgegenstehen, es würde eine erhebliche Anzahl solcher Bestimmungen zu finden sein. Was wäre die Folge? Eine erhebliche Rechtsunsicherheit, endlose Kontroversen über die Frage, ist diese oder jene Bestimmung der Gem.O. entgegenstehend oder nicht. Der an den verschiedensten Stellen ausgesprochenen Tendenz, den Apparat der Gemeindegesetzgebung in möglichster Weise zu vereinfachen, würde dies aber geradezu Hohn sprechen.

Für die Verpflichtung zur Unterhaltung von Trottoirs kommt also im Gebiete des pfälzischen Rechts einzig und allein die Bestimmung des Art. 29 der Gem.O. in Betracht. Das öffentliche Recht kennt kein anderes verpflichtetes Subjekt, als die Gemeinde.

Den klaren Wortlaut des Art. 29, wonach der Gemeinde die Unterhaltung der Ortsstrassen obliegt, will man nun nicht gelten lassen. Um zu beweisen, dass aus Art. 29 (bezw. Art. 38 der rechtsrhein. Gem.O., der die gleiche Bestimmung trifft) eine Verpflichtung der Gemeinden, die Trottoirs zu unterhalten[134]

[134] In nachstehenden Urteilen ist teils von Trottoirherstellung, teils von Unterhaltung der Trottoirs die Rede. Hier ist wohl zu beachten, dass die erstmalige Herstellung von Trottoirs nicht immer begrifflich zur Strassenherstellung, sondern in manchen Fällen auch zur Strassenunterhaltung gerechnet werden muss. Zur Strassenherstellung ist die erstmalige Errichtung von Trottoirs immer aufzufassen, wenn die Strasse neu gebaut wird; aber auch dann, wenn die Herstellung des Trottoirs an der noch nicht ganz ausgebauten Strasse später in Angriff genommen wird, als die bereits dem Verkehr übergebene Fahrbahn. Wenn es sich um Strassenherstellung handelt, dann kann die Heranziehung der Adjazenten zu Beiträgen für die Trottoiranlage unbedenklich gebilligt werden, ja noch mehr, hier ist es direkt ein Gebot der Gerechtigkeit. Daher hat es auch die Gemeinde in der Hand, von dem Baulustigen im voraus die Anliegerbeiträge bis zur vollen Höhe der Strassenherstellungskosten zu fordern (Art. 62 der Allg. Bauordnung). Dagegen gibt es Fälle in denen die erstmalige Herstellung von Trottoirs nicht als Strassen-

nicht herzuleiten sei, hat man den klaren Sinn dieses Artikels bis zur Unkenntlichkeit entstellt.

Man behauptet nämlich:

1) Das Trottoir ist überhaupt kein Bestandteil der öffentlichen Strasse. Es ist als eine öffentliche Vorrichtung, „eine bauliche Anlage (!) auf dem Strassenkörper“ aufzufassen, die zum Zwecke des öffentlichen Verkehrs nicht absolut notwendig ist. Die Pflicht zur Unterhaltung der Strassen (Art. 29) umfasst aber nur die notwendigen Bestandteile.

2) Indem der Art. 29 der Gem.O. (= 38 der rechtsrhein. Gem.O.) den Gemeinden nicht die Unterhaltung, sondern nur die **Sorge** für Unterhaltung der Ortsstrassen zur Pflicht macht, gibt er ihnen die Möglichkeit in die Hand, sich dieser Sorge durch ortspolizeiliche Massregeln zu entledigen.

Mit diesen beiden Einwänden ist jedoch die Rechtsprechung auf einen bedauerlichen Abweg geraten.

Was die Beurteilung der ersten Frage betrifft, so ist es nahezu unbegreiflich, wie man an der Behauptung, das Trottoir sei kein Bestandteil der öffentlichen Strasse, jahrzehntelang festhalten konnte. Leider ist diese Meinung noch jetzt nicht endgültig abgetan. Im Gegenteil, sie ist in den beiden neueren Entscheidungen des Oberlandesgericht München vom 17. Dez. 1898 [135] und des Obersten Landesgerichts vom 11. April 1900 [136]

---

herstellung, sondern als Strassenunterhaltung anzusehen ist. In kleineren Städten kommt es häufig vor, dass eine Strasse ohne Pflaster-Trottoirs schon seit unvordenklicher Zeit dem Verkehr diente. Wenn nun infolge gesteigerter Verkehrsbedürfnisse die Herstellung von gepflasterten Trottoirs nötig wird, so ist dies offenbar der Unterhaltung der Strasse in einer dem gesteigerten Verkehr angemessenen besseren technischen Beschaffenheit zuzurechnen.

[135] Entscheidungen in Strafsachen Bd. 10 S. 132.

[136] Entscheidungen in Strafsachen Bd. I S. 63. Vergl. auch das vielzitierte Urteil des Obersten Gerichtshofs, Bd. V S. 78.

verschärft zum Ausdruck gelangt. In dem letzten dieser beiden Urteile, das sich überhaupt in einer Reihe falscher Konsequenzen verliert, wird u. a. ausgeführt:

„Die Trottoirs sind in Art. 38 (Art. 29 pfälz. Gem.O.) überhaupt nicht erwähnt. Insoweit man sie nicht als zur eigentlichen Ortsstrasse gehörige, sondern nur als an diese anstossende Verkehrswege ansieht, müssten sie in Art. 38 aufgeführt sein, falls die Gemeinde die Pflicht haben sollte, sie herzustellen. Betrachtet man sie aber als Teile der Strasse und zwar als Vorrichtungen auf der Strasse, so obliegt deren Herstellung der Gemeinde ebensowenig, als die Herstellung der Strasse selbst. Es kann sich nur fragen, ob die Errichtung nicht unter die Pflicht der Gemeinde, die Strassen zu unterhalten, fällt. Diese Frage muss verneint werden, denn diese Pflicht umfasst natürlich nur die Unterhaltung der notwendigen Bestandteile. Dazu gehört aber das Trottoir nicht, da es zum Zweck des öffentlichen Verkehres nicht absolut notwendig ist, sondern mehr der Bequemlichkeit und grösseren Sicherheit der Fussgänger dient."

Diese Ausführungen sind umso befremdlicher, als bereits 2 Jahre vorher der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 1. April 1898 [137] die in der Rechtsprechung des Oberlandesgericht München herrschende Meinung widerlegt hatte. In dieser bereits oben zitierten Entscheidung wird ausgeführt, „dass die für den Verkehr der Fussgänger bestimmten Bürgersteige oder Fussbänke zumeist ebenso einen Bestandteil der betr. Strasse bilden, wie die für den Wagenverkehr ausgeschiedene Fahrbahn, da die Strasse gewöhnlich nicht etwa nur für den Wagenverkehr allein, sondern auch für Fussgänger und überhaupt für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind und nur Rück-

---

[137] Entscheidungen Bd. 19 S. 177; vergl. dagegen Entscheidungen Bd. II S. 534!

sichten für die Sicherheit des Verkehrs dazu führen, für den Fussgängerverkehr besondere Bürgersteige freizuhalten".

Der richtigen Meinung des Verwaltungsgerichtshofes hat sich in anerkennenswerter Weise das obengenannte, trefflich begründete Urteil der Strafkammer des Landgerichts Frankenthal [138] angeschlossen. Bezeichnend für die Zähigkeit, mit der das Oberlandesgericht seine falsche Auffassung verteidigt ist der Umstand, dass es das Frankenthaler Urteil durch die erwähnte Entscheidung vom 17. Dez. 1898 wieder aufgehoben hat.

Leider haben diese irrigen Anschauungen auch in der Theorie, nämlich durch Rehm einen eifrigen Vertreter gefunden. Rehm [139] führt zur Verteidigung dieser Ansichten folgende Gründe an:

Das Trottoir ist deshalb kein Bestandteil der Strasse, weil es nicht dazu da ist, die Strasse *fertig* zu machen. Das Wesen des Bestandteils besteht aber nach Rehm darin, „dass er etwas ist, was dazu gehört, die Sache nach wirtschaftlicher Anschauung fertig" zu machen, ihre wirtschaftliche Brauchbarkeit zu ermöglichen. Daraus schliesst er:

Bestandteil der Strasse ist nur die Unterlage des Trottoirs.

„Andererseits" — so sagt Rehm — „ist das Trottoir wohl ein Zubehör der Strasse". *Allein es ist kein notwendiges Zubehör, die Strasse kann ihre wirtschaftliche Bestimmung, wenn auch unvollkommen, doch für sich allein erfüllen.* Die öffentlich-rechtliche Unterhaltspflicht bezieht sich nach Rehm nur auf notwendige Bestandteile und nur auf notwendige Zubehörungen.

Vor allem ist an diesen Ausführungen zu bemängeln, dass Rehm den Begriff der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Unterhaltung von Strassen völlig verkennt. Der Begriff der Unter-

---

[138] Vergl. Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 375 ff.

[139] Rehm, Hirths Annalen v. 1895 S. 52.

haltung ist hier im weitesten Sinne aufzufassen, der jeweiligen Bestimmung des Weges muss sich die technische Beschaffenheit stets anpassen. So hat der Verwaltungsgerichtshof[140] richtig ausgeführt, dass unter der Unterhaltungspflicht zu verstehen sind „alle Leistungen und Aufwendungen, welche notwendig sind, um einen Weg in einem, seiner Bestimmung entsprechenden, gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten" [141].

Wenn nun Rehm weiter ausführt, das Trottoir sei deshalb kein notwendiges Zubehör, weil die Strasse ihre wirtschaftliche Bestimmung auch ohne Trottoir, wenngleich unvollkommen, erfüllen könne, so ist dies ebenfalls unzutreffend[142]. Zur Beurteilung der Unterhaltspflicht ist es überhaupt nicht angängig, den Begriff der Strasse in seine Bestandteile zu zerlegen, um die notwendigen von den minder notwendigen Teilen zu trennen. Der Begriff der Strasse ist eben nach seiner technischen Seite nicht ein absolut gegebener, sondern ein relativer, nach Ort, Zeit und Kulturstufe schwankend. Was man bei einer Verkehrsstrasse in Berlin für absolut notwendig bezeichnet, kann man z. B. in Konstantinopel für grossen Luxus halten.

Dass indessen das Trottoir nicht nur ein Bestandteil, sondern überall da, wo man es anlegt, auch ein notwendiger Bestandteil der Strasse ist, erscheint den meisten Schriftstellern so klar, dass sie auf eine derartig selbstverständliche Ausführung einfach verzichten.

Indessen ist die Anschauung, das Trottoir sei eine „Anlage auf dem Strassenkörper" und kein Bestandteil der Strasse, in der Rechtsprechung so tief eingewurzelt, dass sie nicht durch die einfache Behauptung des Gegenteils, sondern nur durch einen

---

[140] Entscheidungen Bd. 8 S. 639, Bd. 10 S. 337.

[141] Vergl. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. III S. 303.

[142] Von diesem Standpunkt aus betrachtet ist auch die Treppe eines Hauses kein notwendiger Bestandteil, man kann die einzelnen Etagen ja auch mit einer Leiter besteigen!

ausführlichen Gegenbeweis mit Aussicht auf Erfolg bekämpft werden kann.

Das Trottoir in seiner heutigen Gestalt ist eine Schöpfung der modernen Technik des Strassenbaus. Es ist hervorgegangen aus dem Bedürfnis, den Verkehr der Fussgänger von dem Verkehr der Fuhrwerke zu trennen. Diese Trennung wurde dadurch erreicht, dass man eine sog. Fahrbahn ausschied und den Bürgersteig allein für die Passanten reservierte [143].

Ausserdem dürften auch technische Gründe zur Entstehung des Trottoirs in seiner jetzigen Form beigetragen haben. Zur Vermeidung von Pfützen und Löchern hat man den Strassenkörper gewölbt, damit das Wasser ablaufen konnte und zu beiden Seiten Gräben angelegt. Diese Gräben bildeten dann offenbar zugleich die Grenze der Fahrbahn für den Fuhrwerksverkehr, während sich zu beiden Seiten der Fahrbahn der Verkehr der Fussgänger jetzt ungestört bewegen konnte. Um ein Befahren der so abgetrennten Bürgersteige durch die Fuhrwerke auszuschliessen, hat man dieselben später etwas höher gelegt und mit Rand- oder Liniensteinen eingefasst [144]. Die verbesserte Technik

---

[143] Vergl. J. H. STÜBBEN, Der Städtebau S. 81; Handbuch der Architektur, 9. Halbband, Darmstadt 1890.

[144] In früherer Zeit geschah die Trennung des Fuhrverkehrs vom Verkehr der Fussgänger nicht durch ein höher gelegtes Trottoir, sondern durch Prellsteine oder gusseiserne Pfosten, die durch Ketten und Eisenstangen verbunden waren. Es wird nun niemand behaupten wollen, dass die hinter den Prellpfosten liegenden Gehsteige etwa keine Bestandteile der Strasse gewesen seien. Dass man das Trottoir aus Gründen der Zweckmässigkeit höher legte, macht dasselbe noch nicht zu einem Aufbau. Uebrigens gibt es heute noch Städte, bei denen sich der Bürgersteig auf derselben Ebene wie die Fahrbahn befindet. So z. B. sind in Triest die Trottoirs nicht über den Fahrdamm erhöht, sondern durch runde Steinpfosten abgegrenzt. Auch in manchen italienischen Städten befinden sich Fussweg und Fahrbahn auf derselben Ebene (Turin, Mailand, Genua, Palermo, vergl. STÜBBEN, a. a. O. S. 374). Man sieht auch hier, die Behauptung, das Trottoir sei eine Anlage auf dem Strassenkörper, ist völlig haltlos.

des Strassenbaus hat dann das Steinpflaster eingeführt, das in gleicher Weise für den Bürgersteig, wie den Fahrdamm Verwendung fand. Dass man in neuerer Zeit in grösseren Städten der Zweckmässigkeit halber einen anderen Belag für den Bürgersteig einführte (z. B. Plättchen, Zement, Asphalt etc.) hat wohl der Meinung Vorschub geleistet, das Trottoir gehöre nicht zur Strasse, ist aber an sich belanglos. Das geht ja schon daraus hervor, dass man in modernen Grossstädten aus Gründen der Zweckmässigkeit, Aesthetik und Reinlichkeit auch für die Fahrbahn Asphaltbelag einführte, so dass Trottoir und Fahrbahn wieder aus einem Material bestehen.

Aus vorstehenden Ausführungen dürfte sich ergeben, dass das Trottoir gar nicht anders zu denken ist, wie als notwendiger Bestandteil der öffentlichen Strasse. Auch JEBENS [145] führt aus, dass der Bürgersteig, wo er nicht etwa gar als selbständiger Weg besteht, doch immer als Teil einer Strasse anzusehen sei, ein Satz, der kaum eines Beweises bedürfe. Vergl. auch BLANCHE, Dictionaire général d'administration 1904 Bd. II S. 1914: „les trottoirs ne sont qu'un pavage perfectionné" (zitiert Entsch. d. preuss. OberVerwalt.Ger. Bd. 47 S. 256.)

Das Reichsgericht [146] hat wiederholt entschieden, dass das Trottoir als Bestandteil der öffentlichen Strasse zu betrachten sei. Aehnlich das preussische Oberverwaltungsgericht [147].

Nicht minder bedenklich wie dieser erste Einwand gegen eine die Gemeinde treffende Verpflichtung zur Unterhaltung von Trottoirs ist der zweite, wonach der Gemeinde nicht die Unterhaltung selber, sondern nur die Sorge für die Unterhaltung

---

[145] JEBENS, a. a. O. XX S. 417.

[146] Vergl. Entsch. 29. Jan. 1892, Entsch. 20. März 1899, beide zitiert bei KAMPTZ und DELIUS, a. a. O. Bd. I S. 254/55.

[147] Entsch. OberVerw.Gericht Bd. 8 S. 189, Bd. 25 S. 243, 244, weitere Erkenntnisse bei GERMERSHAUSEN Bd. I S. 369 Note 6. Vergl. auch § 1 Abs. 3 des preuss. sog. Fluchtliniengesetzes v. 2. Juli 1875: „Zu einer Strasse im Sinne dieses Gesetzes gehört auch der .... Bürgersteig".

der Ortsstrassen obliege. Dieser Sorge, meint man, könne sich die Gemeinde durch ortspolizeiliche Vorschrift einfach entledigen.

So die ständige Praxis des Oberlandesgericht München [148].

Auch eine Entscheidung der Kreisregierung, k. d. I. von Oberbayern [149] äussert sich in diesem Sinne [150].

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, dass eine logische Interpretation des Art. 29 (bezw. 38) niemals zu dem Resultat gelangen kann, dass der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Sorge" eine bestimmte legislatorische Absicht verknüpft habe. Für eine solche Vermutung ist auch in den Verhandlungen nirgends ein Anhaltspunkt gegeben. Allerdings ist ja der Ausdruck „Sorge" hier nicht glücklich gewählt, allein man muss sich gegenwärtig halten, dass derselbe in ähnlichem Zusammenhang in der Gesetzgebung häufig Anwendung findet.

Die in den zitierten Urteilen versuchte Art der Beweisführung hat nun Seydel [151] mit Recht als geradezu erstaunlich bezeichnet. „Man sucht" — so sagt Seydel [152] — „gegen Sinn und Zusammenhang aus einem einzigen Wort Gründe herauszupressen, die für keinen Unbefangenen darin liegen." „Die immer auftretende Bezugnahme darauf, dass es in Art. 38 heisse, die Sorge . . . . . etc. macht einen geradewegs peinlichen Eindruck".

Trotz alledem wird noch in einem neueren Urteil des Obersten Landesgerichts [153] diese Meinung festgehalten.

---

[148] S. Entsch. v. 18. Mai 1888, Minist.Amtsblatt 1888 S. 241, vergl. hierzu Hauck, Bayr. Gemeindezeitung v. 1896 S. 454, ferner Entsch. v. 18. Mai 1895, Minist.Amtsblatt 1895 S. 331, Entsch. v. 17. März 1896 Minist.Amtsblatt 1896 S. 107.

[149] Entsch. v. 14. April 1898, publiziert in Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 190

[150] Vergl. auch hier die Ausführungen des Oberstaatsanwalts, in Entsch. des bayr. Verwalt.Ger.Hof Bd. 21 S. 5 ff.

[151] Seydel, Bayr. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. III S. 307 Note 90.

[152] Seydel, Blätter f. adm. Praxis Bd. 48 S. 196.

[153] Entsch. 28. Dez. 1903, bei Reger, Entscheid. der Gerichte und Verw.Behörden, 3. Ergänz.Bd. 1905 S. 159.

Das heisst denn aber gerade, die gesetzgeberische Absicht auf den Kopf stellen. Auf die Widerlegung der zahlreichen Einwände gegen die SEYDELsche Ansicht, die man durch eine Zergliederung des Begriffes „Sorge“ bekämpft, kann hier verzichtet werden. Bei alledem scheint man zu übersehen, dass die Redaktion des Art. 29 (bezw. 38) vom Referenten Prof. EDEL stammt[154], der sich bei jeder Gelegenheit gerade strikte gegen eine solche Massnahme ausgesprochen hat, wie man sie aus dieser Gesetzesstelle zugunsten der Gemeinde herzuleiten sucht[155]. Wo bleibt also die mit dem Ausdruck Sorge verbundene bestimmte legislatorische Absicht?

Ueberblickt man nun noch einmal das in der Pfalz geltende Recht, so ergibt sich, dass die Rechtslage äusserst kompliziert und keineswegs klar ist. Allein soviel ist jedenfalls sicher, dass ein präziser Rechtssatz fehlt, der die Gemeinden ermächtigt, die Unterhaltung der Trottoirs durch die Anlieger zu fordern.

Man hält es nun für gerechtfertigt, die Adjazenten heranzuziehen und entstellt die Begriffe und gesetzlichen Vorschriften bis zur Unkenntlichkeit, um eine derartige Verpflichtung herzuleiten. Man lässt sich einfach nicht überzeugen, dass der § 366 Ziff. 10 des RStGB. gar keine reichsgesetzliche Delegation enthält; man bezeichnet das Trottoir als einen Aufbau, eine Anlage auf dem Strassenkörper, man verweist die Trottoirunterhaltung in das Gebiet des Wegepolizeirechts etc. Man zieht alte französische Bestimmungen hervor, die durch die Gemeindeordnung längst beseitigt sind. Nachdem alles nichts hilft, sucht man aus dem Ausdruck „Sorge“ eine Reihe gesetzgeberischer Absichten herauszupressen, die den Intentionen des Gesetzgebers direkt widersprechen.

---

[154] Vergl. die obigen Ausführungen S. 563.

[155] Vergl. EDEL, Das PolStGB. für das Königr. Bayern v. 26. Dez. 1871 Erlangen 1872 S. 165.

Das ist natürlich ein Rechtszustand, der den Forderungen des Rechtsstaates in keiner Hinsicht entspricht. Kommt man zu dem Ergebnis, dass es gerechtfertigt ist, die Angrenzer zu Beiträgen zwecks Trottoirunterhaltung heranzuziehen, dann muss ein Rechtssatz geschaffen werden, der jeden Zweifel beseitigt. Ein solch tiefer Eingriff in die Rechtssphäre des Individuums kann nicht gebilligt werden, ohne dass die Berechtigung hierzu in der Gesetzgebung unzweideutig ausgesprochen ist.

B. Bayern rechts des Rheins.

Den geschilderten Rechtsverhältnissen in der Pfalz sind diejenigen im rechtsrheinischen Bayern fast analog. Allerdings sind hier zwei Modifikationen zu berücksichtigen:

Einmal fällt die Prüfung der nur für die Pfalz in Betracht kommenden französischen Vorschriften fort. Ferner hat die rechtsrheinische Gem.O. eine Bestimmung in Art. 44 Abs. 2 aufgenommen, die in der pfälzischen Gem.O. fehlt. Dieselbe lautet:

„Verpflichtungen, welche dem Hausbesitzer als solchem nach polizeilichen Vorschriften obliegen, bleiben vorbehalten".

Auf eine Prüfung der bestrittenen Frage, ob hieraus eine Verpflichtung zur Unterhaltung des Trottoirs abgeleitet werden kann, soll hier nicht ausführlich eingegangen werden[156]. Es sei hier nur hervorgehoben, dass dieser Passus in dem Regierungsentwurf einer Gem.O. nicht enthalten war, sondern von dem Referenten der Gem.O. Prof. Edel hinzugefügt wurde, ohne dass die Beweggründe hierzu aus den Verhandlungen zu ersehen wären[157].

---

[156] Vergl. den Aufsatz: „Die Belastung des Grundbesitzes mit Strassenunterhaltung", Zeitschrift des Grund- und Hausbesitzer-Vereins in München, Jahrgang 1893 S. 70 ff. Der Verfasser widmet der Frage eine eingehende Betrachtung und kommt zu einem Ergebnis, das manches Wahrscheinliche für sich hat.

[157] S. Kammerverhandl. 1866/69, Beilagen Bd. I S. 8, 123, 316, 324, 347, 371, 436, 588; II S. 501; vergl. Entsch. Oberst. Ger.Hof Bd. V S. 74 ff.

Dass man durch diesen Passus des Art. 44 Abs. 2 die Gemeinden soweit ermächtigen wollte, ist höchst unwahrscheinlich. Jedenfalls hat sich EDEL stets kategorisch gegen eine solche den Gemeinden zustehende Ermächtigung ausgesprochen und erklärt, dass dadurch die Gem.O. verletzt würde [158].

REHM hat s. Zt. den Versuch gemacht, die erlassenen Polizeiverordnungen durch Gewohnheitsrecht zu stützen [159]. Allein diese Anschauung ist unvereinbar mit dem Grundsatz der Spezialdelegation, der das bayrische PolStGB. beherrscht. SEYDEL hat es — in anderem Zusammenhange — als höchst unwahrscheinlich bezeichnet, dass es die Absicht des PolStGB. sein sollte, anstelle der scharfen Umgrenzung, die der Begriff „Polizei“ enthält, ein „nebelhaftes Gewohnheitsrecht“ zu setzen [160].

Im übrigen sind die bei den Rechtsverhältnissen in der Pfalz erwähnten gesetzlichen Bestimmungen hier in Betracht zu ziehen, wie denn auch die meisten der dort zitierten Erkenntnisse dem Gebiete des rechtsrheinischen Bayern entnommen sind.

C. Preussen.

Für das preussische Recht hat man die gesetzliche Ermächtigung, die Adjazenten zur Unterhaltung des Trottoirs heranzuziehen, in § 81, I, 8 Allg. Landrecht finden wollen. Derselbe lautet:

„Uebrigens aber kann jeder Hauseigentümer den sog. Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, ... nutzen“.

---

158 EDEL, a. a. O. S. 166.

159 REHM, HIRTHS Annalen v. 1895 S. 61 ff. findet als Stütze eine gewohnheitsrechtliche Norm, welche sich durch eine in dieser Richtung erfolgte, wenn auch nicht ausnahmslose, so doch stetige Rechtsprechung gebildet habe. Der Gültigkeit dieses Gewohnheitsrechtes schadet es nach REHM nichts, dass die Grundlage dieser stetigen Rechtsprechung eine irrtümliche Gesetzesauslegung war.

160 SEYDEL, Blätter f. a. Praxis Bd. 48 S. 195.

Daraus hatte das preussische Obertribunal in konstanter Praxis den Schluss gezogen, dass wenn der § 81 dem Hauseigentümer ein Nutzungsrecht zugestehe, er als Aequivalent dafür auch den Eigentümer zur Unterhaltung des Steinpflasters verpflichte [161].

Gegenüber den Angriffen in der Literatur und der Entscheidung des preussischen Oberverw.Gerichts hat sich jedoch diese irrtümliche Interpretation nicht zu halten vermocht. Das Oberverwaltungsgericht hat richtig erkannt und aus der Entstehungsgeschichte des § 81 nachgewiesen, dass das Nutzungsrecht nur von einer etwa bestehenden Unterhaltspflicht abhängig gemacht sei und dass über diese Unterhaltspflicht selbst gar keine Entscheidung getroffen werden sollte [162].

Als einzige Rechtsquelle [163], welche die Gültigkeit der von den Polizeibehörden erlassenen hierher gehörigen Verordnungen stützen kann, zieht man die Observanz heran. Es ist mithin notwendig, in jedem einzelnen Falle, an jedem einzelnen Orte festzustellen, ob sich eine entsprechende Observanz gebildet hat. Allerdings hat das Oberverwaltungsgericht für eine Reihe preussischer Städte eine Observanz als nachgewiesen erachtet [164], allein das wird diesen Gerichtshof nicht hindern können, in einer späteren Entscheidung die Existenz einer Observanz zu verneinen.

Im Gebiete des rheinpreussisch-französischen Rechts ist die

---

[161] Vergl. GERMERSHAUSEN a. a. O. Bd. I S. 371 ff., sowie JEBENS, a. a. O. S. 419 und die an beiden Stellen zitierten Entscheidungen.

[162] Vergl. GERMERSHAUSEN a. a. O. Bd. I S. 374, sowie S. 373 Note 10 und Urteile des Oberverw.Ger. bei JEBENS, S. 419.

[163] Der § 15 des sog. Fluchtliniengesetzes kann hier nicht angewendet werden. Er gestattet nur die Erhebung von Beiträgen für Anlegung neuer und Verlängerung bestehender Strassen. Auf die erstmalige Herstellung bezw. Unterhaltung von Trottoirs an sog. historischen Strassen findet derselbe keine Anwendung: Vergl. GERMERSHAUSEN, a. a. O. Bd. I S. 853.

[164] GERMERSHAUSEN, a. a. O. Bd. I S. 374 Note 14, JEBENS S. 420.

Bildung von Observanzen auf dem Gebiete des Wegerechts durch das Gesetz vom 11. frimaire VII (11. Dez. 1798) für die Zeit nach Erlass dieses Gesetzes ausgeschlossen [165]. Die Pflicht zur Unterhaltung der Trottoirs obliegt den Gemeinden. Allein auf Grund des noch in Geltung stehenden Staatsratsgutachtens vom 25. März 1807 können die Adjazenten zur Pflasterung des Trottoirs noch jetzt herangezogen werden, falls eine dahingehende Observanz, die bereits vor 1798 bestand, nachgewiesen wird.

Man sieht also, die Rechtslage ist auch in Preussen nicht so klar, wie man das zuweilen anzunehmen scheint.

D. Württemberg.

Im Gegensatz zu Preussen und Bayern existiert in Württemberg ein präziser Rechtssatz, der den Polizeibehörden die gesetzliche Ermächtigung gibt, die Anlieger zur Unterhaltung der Trottoirs heranzuziehen.

Der Art. 15 Absatz 2 der „Neuen Allg. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 bestimmt nämlich:

„Ueber sonstige Verbindlichkeiten der Besitzer von an die Ortsstrassen angrenzenden Gebäuden und Grundstücken hinsichtlich der Ortsstrassen und Nebenwege, sowie der Vorgärtchen kann durch Ortsbaustatut Bestimmung getroffen werden".

Kraft dieser gesetzlichen Bestimmung können die Anlieger durch Ortsbaustatut zur Unterhaltung der Trottoirs beigezogen werden [166]. Die württembergische Praxis hat angenommen, dass die Adjazenten sogar bei solchen Strassen, die wegen ihrer Steilheit gar nicht befahren werden können, also gar keine Fahrbahn besitzen, zur Unterhaltung staffelförmiger Trottoirs angehalten werden können [167].

---

[165] Vergl. die bereits früher zitierten Entscheidungen des Oberverw.-Gerichts in Bd. 47 S. 248 ff.

[166] Vergl. K. GOEZ, Die Verwaltungsrechtspflege in Württ. 1902 S. 397. SCHÜZ, Neue Allg. Bauordnung, 2. Aufl. Stuttgart 1873 S. 230 Note 10.

[167] Entsch. des Minist. d. I. v. 6. Nov. 1891, s. Minist.Amtsblatt v. 1891

Natürlich ist vom Standpunkt des geltenden Rechts gegen die polizeiliche Auferlegung von Trottoirbeiträgen nichts einzuwenden. Aber es bleibt auch hier zu beachten, dass die Unterhaltung des Trottoirs, eines Teiles der Strasse mit Polizei gar nichts zu tun hat, wie bereits oben im 1. Kapitel ausgeführt wurde. Der Gesetzgeber hat eben s. Zt. die Schranken, welche nach heutigen wissenschaftlichen Begriffen der polizeilichen Gewalt gesteckt sind, durchbrochen.

Daraus erklärt sich auch die Eigentümlichkeit, dass die Erfüllung der Verpflichtung des Adjazenten, das Trottoir zu unterhalten, nicht im ordentlichen Verwaltungsrechtsweg, sondern durch polizeilichen Zwang zu erwirken ist[168].

IV. Die innere Berechtigung der Erhebung von Trottoirbeiträgen.

Das vorige Kapitel war der Untersuchung gewidmet, wie sich das geltende Recht zur Frage der Erhebung von Trottoirbeiträgen verhält. Anders liegt nun die Frage, wenn man untersucht, ob nicht innere Gründe dafür sprechen, den Adjazenten eine derartige Auflage zu machen. Denn wenn den Adjazenten aus der Instandhaltung des Trottoirs erhebliche rechtliche oder tatsächliche Vorteile erwachsen, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, dass es gerechtfertigt ist, sie auch zu den Kosten heranzuziehen.

Bei der äusseren Aehnlichkeit der Trottoirbeiträge mit den Strassenbeiträgen liegt es nahe, für ihre Berechtigung dieselben Grundsätze geltend zu machen, wie für die letzteren.

Die Berechtigung der Erhebung von Strassenbeiträgen ist nun im deutschen wie im ausländischen Verwaltungsrecht grund-

---

S. 139, bestätigt durch Urteil des Verwalt.Ger.Hofs v. 13. April 1892 vergl. SCHINDLER, Neue Allg. Bauordnung, Stuttgart 1896 S. 40 Note 5.

[168] Urteil des Verw.Ger.Hofs v. 13. Oktober 1880, s. Ministerial-Amtsblatt 1880 S. 402.

sätzlich anerkannt. Sie bilden eine derjenigen Erscheinungen, welche Prof. FLEINER[169] in ihrer Gesamtheit als „öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung" bezeichnet hat. Dieses Institut fasst alle jene Fälle zusammen, bei welchen in öffentlich-rechtlicher Form eine Vergütung erhoben wird für besondere Vorteile, die dem Individuum aus öffentlich-rechtlichen Einrichtungen von Staat und Gemeinde zufliessen. Der Grundgedanke ist der, dass durch gewisse, im Interesse der Gesamtheit notwendige Tätigkeiten und Einrichtungen des Staates und der Gemeinde das private Interesse einzelner Personen in einer das Durchschnittsmass übersteigenden Weise gefördert wird. Zur Ausgleichung dieses besonderen Vorteils wird dem Begünstigten ein besonderes Entgelt auferlegt.

Die Strassenbeiträge bilden nun für das Institut der öffentlich-rechtlichen Vorteilsausgleichung das klassische Beispiel[170]. Der Vorteil, der dem Individuum hier aus der öffentlichen Einrichtung erwächst, ist die durch Anlegung der Strasse verursachte, in der Regel erhebliche Wertsteigerung des Grund und Bodens. Ein Teil dieses ohne Zutun des Adjazenten durch die öffentliche Einrichtung entstandenen Vermögensvorteils muss von ihm wieder zurückerstattet werden. Das ist nicht nur zu billigen, sondern direkt ein Gebot der Gerechtigkeit.

Zieht man nun hier die Trottoirbeiträge (Beiträge für die Unterhaltung des Trottoirs) zum Vergleiche heran, so zeigt sich auf den ersten Blick, dass es sich um eine ganz anders geartete Erscheinung handelt. Der Adjazent hat in den Strassen-

---

[169] FLEINER, „Oeffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung", in Festgabe der Jurist. Fakultät der Universität Basel zum 70. Geburtstag v. Andreas Heusler, Basel 1904, S. 93 ff.

[170] OTTO MAYER wählt hier den Begriff „öffentliche Vorzugslast". „Die besondere Beteiligung der Einzelnen, welche der Lastpflicht hier zu grunde liegt, besteht darin, dass das Unternehmen um ihretwillen ausschliesslich oder wenigstens vorzugsweise da ist und Herstellungs- und Unterhaltungskosten erfordert". OTTO MAYER, Bd. II S. 277.

beiträgen bereits den ihm zugefallenen Vermögenszuwachs zurückerstattet. Wenn nun das Trottoir schadhaft und reparaturbedürftig ist, wenn statt Pflasterung z. B. Asphaltierung eingeführt wird, so ist in der Tat nicht einzusehen, welchen Vorteil der Adjazent davon haben soll, oder inwiefern das Grundstück des Adjazenten dadurch im Werte steigt[171]. Gewiss hat der Anlieger an der Instandhaltung des Trottoirs ein Interesse, aber er hat daran nicht mehr Interesse, als jeder Passant, als jeder Fremde, der zum ersten Male die Strasse betritt.

Auch sonstige, einen Vermögenswert darstellende tatsächliche Vorteile, welche dem Adjazenten durch eine Ausbesserung des Trottoirs erwachsen könnten, sind nicht ersichtlich. Zwar hat der Anlieger oft eine über das Trottoir führende Einfahrt zu seinem Hause notwendig, Wagen halten vor dem Hause, Fässer werden auf- und abgeladen etc. . . Allein dies alles ist kein in Vermögenswert auszudrückender Vorteil, sondern „eine einfache tatsächliche und rechtliche Möglichkeit“, „ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit“. Es ist der Ausfluss des Gemeingebrauchs an der öffentlichen Strasse, wie er jedermann offensteht[172].

Nun gibt es in der Tat eine Reihe von Vorteilen, welche über die im Gemeingebrauch enthaltene Berechtigung der Benützung der Strasse hinausgehen. Es ist hier an die Fälle zu denken, in denen Pferde auf dem Trottoir beschlagen, Keller-

[171] Anders liegt die Sache freilich, wenn z. B. auf einer grossen Verkehrsstrasse zur Dämpfung des Geräusches auf der Strasse Holzpflaster eingeführt wird. Hier haben die Adjazenten auch von der neuen Trottoiranlage einen unbestreitbaren Vorteil; es wäre daher in diesem Falle auch gerechtfertigt, sie zu den Kosten der neuen Anlage heranzuziehen.

[172] S. Otto Mayer, Deutsches Verw.Recht Bd. II S. 116, 120, sowie Theorie des franz. Verw.Rechts S. 327, 328. Vergleiche auch den Aufsatz von Apelt: „Gibt es ein Recht des Einzelnen auf Benützung der öffentl. Wege?“ in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung 1906 Bd. 30 S. 108, 110, 111.

hälse, Lichtschachte, Steintreppen etc. auf dem Trottoir angebracht werden. Nicht selten kommt es vor, dass der Gastwirt Tische und Stühle auf das Trottoir stellt, ein Teil des Wirtschaftsbetriebs spielt sich im Sommer darauf ab. In allen diesen Fällen handelt es sich nicht etwa um subjektive Rechte des Adjazenten, sondern es liegt — um mit OTTO MAYER zu sprechen —, lediglich eine Gebrauchserlaubnis vor. Die Polizei gewährt die Benutzung über den Gemeingebrauch hinaus unter der Bedingung, dass sie ihre Erlaubnis jederzeit wieder zurückziehen kann.

Unter diesem Gesichtspunkte sind auch die sog. „Nutzungsrechte“ des Hauseigentümers am Bürgersteig zu betrachten, von denen in der Gesetzgebung [173], Praxis der Gerichte [174] und in der Literatur [175] noch häufig genug die Rede ist. In der Wissenschaft herrscht kein Zweifel darüber, dass von einem subjektiven Rechte des Hauseigentümers, den Bürgersteig zu nutzen, nicht die Rede sein kann. Die Polizei ist befugt, jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung schlechthin zu untersagen. Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis begründet kein subjektives Recht, wenngleich für dieselbe häufig eine einmalige oder periodisch wiederkehrende Gebühr erhoben wird.

Fehlt es nun an jedem Anhaltspunkt, der es berechtigt erscheinen lässt, den Adjazenten eine solche Auflage zuzumuten, dann muss auch der gegenwärtige Standpunkt der Gesetzgebung als unhaltbar bezeichnet werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn man den Anliegern nicht nur die Kosten für die Unterhaltung des Trottoirs, sondern — wie es in der

---

[173] So das preussische Allg. Landrecht I, 8 §§ 81 verbunden mit 78; code civile 681, 682, 678, vergl. OTTO MAYER, Theorie des französ. Verw.-Rechts S. 328 Note 6.

[174] U. a. Reichsgericht, Entsch. v. 7. Nov. 1881 KAMPTZ und DELIUS I S. 254 Note 2.

[175] GERMERSHAUSEN, a. a. O. Bd. I S. 140.

Pfalz vorkommt — sogar noch die Kosten für die Verlegung der Gas-, Wasser- und Kanalanschlüsse aufbürdet. Eine solch hohe Auflage ist durch nichts gerechtfertigt.

Eine Reform der Gesetzgebung hat nun vor allen Dingen da einzusetzen, wo das dringendste Bedürfnis dazu vorliegt, nämlich bei der Ermächtigung der Polizeibehörden. Wenn dieselben ihre Ermächtigung auf Gewohnheitsrecht stützen können, dann ist ein guter Teil des Rechtsschutzes des Bürgers schon von vornherein preisgegeben. Es wurde bereits oben des näheren erörtert, wie es überhaupt den Forderungen des Rechtsstaates widerspricht, Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Individuums durch Gewohnheitsrecht zu stützen. Es ist ein grosses Verdienst von Otto Mayer, nachgewiesen zu haben, dass für das öffentliche Recht die Bedingungen des Gewohnheitsrechts ganz andere sind als fürs Privatrecht. Wo ein Satz des geschriebenen Rechtes fehlt, da ist ein Eingriff in den Rechtskreis des einzelnen eben gerade nicht gewollt. Leider hat jedoch Otto Mayer diesen seinen Grundsatz gerade bezüglich der hier vorliegenden Frage ohne ersichtlichen Grund durchbrochen.

Jedenfalls ist es das Ziel, dem wir im Rechtsstaate zustreben müssen, Eingriffe in die Rechtssphäre des Individuums durch die positive Gesetzgebung scharf zu umgrenzen. Nachdem der Begriff der polizeilichen Gewalt ein relativ geklärter ist, müssen wir uns auch von Vorstellungen frei machen, die mit dem Begriff unvereinbar sind und Massnahmen zu verhindern suchen, durch die dem Individuum eine an sich finanzielle Last auferlegt wird in der Form eines polizeilichen Befehls. Kommt man nun aber entgegen der hier aufgestellten Behauptung dennoch zu dem Ergebnis, dass triftige Gründe für die Auferlegung von Trottoirbeiträgen sprechen — was noch zu erweisen wäre — dann schaffe man einen präzisen, unzweideutigen Rechtssatz und verweise diese Beiträge dorthin, wohin sie ihrer innersten Natur nach gehören, in das Gebiet des kommunalen Besteuerungsrechts.

Die Frage der Auferlegung von Trottoirbeiträgen verdient also sowohl vom Standpunkt des geltenden Rechts, wie der Frage ihrer inneren Berechtigung Aufmerksamkeit. Wenn es nun das Ziel der Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechts ist, „mitzuhelfen, dass selbst gegen den Herrscher Staat dem letzten Bürger im Lande sein Recht wird", (Fleiner) dann darf sie an der hier zur Diskussion gestellten Frage nicht achtlos vorübergehen.

Quellen und Entscheidungen.

Ueber das Recht verabschiedeter Offiziere zum Tragen der Uniform ihres Dienstgrades.

Von

Dr. iur. BURKH. VON BONIN in Potsdam.

Ein bekannter Vorfall der jüngsten Vergangenheit hat das allgemeine Interesse auf die — m. E. unbedenklich zu bejahende — Frage gerichtet, ob die Ehrengerichte auch für die mit einer Uniform verabschiedeten Offiziere zuständig sind. Dabei stand im Mittelpunkt die Frage, ob die Ehrengerichtsordnungen von 1843 und 1874 rechtsgültig sind, und gewiss erledigt sich mit ihrer Bejahung auch die Entscheidung des Einzelfalles. Ganz unbeachtet aber ist eine Frage geblieben, die auch in engem Zusammenhang damit steht und bei ihrer Verneinung in Erwägung gezogen werden müsste: was die Verleihung des Rechts zum Tragen einer Uniform bei der Verabschiedung eines Offiziers denn eigentlich bedeutet, welchen Sinn diese Institution überhaupt hat.

Entwickelt scheint sie sich im Laufe des 18. Jahrhunderts zu haben, und zwar zunächst ausschliesslich gewohnheitsrechtlich, wie das gesamte Uniformrecht, indem die Chefs oder Kommandeure selbständiger Truppenteile den entlassenen Militärpersonen die im Dienste getragenen Uniformen als Abschiedsgeschenk über-

liessen, soweit sie nicht schon vorher durch Ablauf der bestimmten Gebrauchszeit ihr Eigentum geworden waren [1]. Bei Offizieren, die schon ohnedies nur Uniformen trugen, die ihnen selbst gehörten, konnte die Erlaubnis, auch fernerhin dieselbe oder eine gleiche Uniform zu tragen, an die Stelle jenes Geschenkes treten. Seit wann diese Erlaubnis anstatt vom Truppenteilschef bezw. -Kommandeur vom König selbst zu erteilen war, vermag ich zurzeit nicht zu sagen; es scheint, als habe das Zirkular vom 24. März 1789 [2] dabei eine entscheidende Rolle gespielt. Jedenfalls war sie unabhängig davon, ob dem Offizier auch eine Pension, ein „Gnadengehalt" gewährt wurde oder nicht [3].

Soviel ich sehe, geschah nun der erste gesetzgeberische Eingriff im Jahre 1787 durch ein Publikandum vom 1. Februar, das bei Mylius nicht abgedruckt und daher wenig oder gar nicht bekannt ist. Einen amtlichen Druck davon fand ich zufällig im Geheimen Staatsarchive in Berlin an entlegener Stelle (Rep. 9 A. 20). Es lautete folgendermassen:

Publicandum.

Da Se. Königl. Majestät von Preussen etc. Unser allergnädigster Herr, missfälligst vernommen, dass sich viele verabschiedete Officiere des Vorrechts, die Uniform zu tragen, anmassen, ohne dazu befugt zu seyn, und durch diesen Missbrauch nicht nur der Würde des allerhöchsten Königlichen Dienstes zu nahe treten, sondern selbst die Vorrechte wohlgedienter Officiere, welchen bey ihren Verabschiedungen die Distinktion der Tragung einer Uniform, als eine Belohnung verliehen worden, beeinträchtigen; so haben Höchstdieselben zu Abstellung solchen Missbrauchs, beschlössen; dass von sämmtlichen verabschiedeten und zu Tragung der Uniform berechtigten Officieren ein genaues Verzeichniss angefertiget und unterhalten werden solle, und zu

[1] Vgl. Cavan, Krieges- oder Militär-Recht (Berlin 1801) S. 449 § 2128.

[2] Mylius, Nov. Corp. Const. VIII 2433.

[3] Dies war zeitweilig das für die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit entscheidende Merkmal; vgl. v. Rudloff, Handbuch d. preuss. Militärrechts (Berlin 1826) I 144 § 296.

dem Ende festzusetzen geruhet, dass hinführo und zwar vom 1sten Febr. 1787 an, alle und jede von Dero Armee, mit oder ohne Gnadengehalt, verabschiedeten Officiere, welchen die Erlaubniss, lebenslänglich die Uniform zu tragen, in Gnaden nachgelassen werden möchte, ohne Unterschied ihres Ranges, verbunsen seyn sollen, Höchst-Dero jedesmaligem Generaladjudanten diese erhaltene Erlaubniss schriftlich anzuzeigen, und sowohl durch Beylegung der desfallsigen allerhöchsten Kabinets-Ordre, als auch durch Beybringung gültiger, von den Chefs, Commandeurs und Auditeurs ihrer respective Regimenter oder Bataillons, unterschriebener und mit dem Regiments- oder Bataillons-Siegel bekräftigter Atteste, dergestalt zu erweisen, dass aus letztern Tag und Jahr, wann sie Officiere geworden, und die Zeit, da sie den Abschied erhalten, wie auch, ob sie solche Zeit hindurch ununterbrochen gedienet, oder während derselben verabschiedet gewesen, und aufs neue in Höchstdero Kriegesdienste getreten sind, genau zu ersehen sey. Höchstdieselben lassen daher solches zu Jedermanns Wissenschaft und Achtung öffentlich bekannt machen, und befehlen hiedurch so ernstlich als gnädig, dass sich nicht nur jeder künftig verabschiedete Officier, welchem die Erlaubniss zu Tragung der Uniform bewilliget worden; nach dieser Anordnung allergehorsamst richte, sondern dass auch jedes Regiment oder Bataillon bey Ausstellung vorerwähnter Atteste, allemal nach Wahrheit, Ehre und Pflicht verfahre.

Damit aber auch jeder mit dieser Distinktion bishieher schon dimittirte Officier, durch eine genaue und allgemeine Verzeichnung aller und jeder derselben, Sr. Königl. Majestät namentlich bekannt werden möge; so haben Höchstdieselben gleichmässig zu befehlen geruhet, dass ein jeglicher mit der Erlaubniss zu Tragung der Uniform, aus Dero Kriegesdiensten bereits entlassene Officier, bey Dero Obristen und General-Adjudanten von Hanstein sich sofort auf vorgedachte Weise melde, unter der Verwarnung, dass jeder, welcher dieser allerhöchsten Verfügung bis zum 1sten May 1787 nachzukommen versäumen wird, eben dadurch des Vorrechts zu Tragung der Uniform, verlustig erklärt seyn solle; zu welchem Ende Se. Königl. Majestät solches durch

die Zeitungen, jedermann, welchen es angeht, bekannt machen zu lassen, in Gnaden befohlen haben. Signatum.

Berlin, den 1sten Februar 1787.

Es wurde mit folgendem Begleitschreiben, das sich ebendort im Originale befindet, an das Justiz-Departement übersandt:

Da Se. Königliche Majestät von Preussen, Unser allergnädigster Herr, in Ansehung der verabschiedeten Officiere, den Inhalt der Beylage festzusezzen, und solchen durch alle Zeitungen des ganzen Landes sowohl, als auch, wie es auf sonstige Art zweckmässig ist, zu öffentlicher Wissenschaft gelangen zu lassen, beschlossen, und ein grosser Theil solcher bereits verabschiedeten Officiere, durch habende Besizzungen auf dem Lande, von bürgerlicher Gerichtsbarkeit abhängig ist, so lassen Höchstdieselben vorgedachte Beylage hiedurch Dero Justiz-Departement mit dem Auftrage zufertigen, die erforderlichen Veranstaltungen zu treffen, dass solche durch den Abdruck in allen Zeitungen des Landes, und vermittelst zweckmässiger Vorkehrungen abseiten der Regirungen in den Provinzen, unverzüglich zu Jedermanns Wissenschaft gebracht werde.

Berlin den
27.ten Januar 1787. (gez.) F. Wilhelm.

An das Justiz-Departement.

Das Justiz-Departement wiederum gab die Kabinetsorder mit Begleitschreiben weiter, die folgendem Beschlusse entsprachen:

Cito.

Comm. die Cabinets-Ordre nebst der Beylage per Circulare an sämmtliche Regierungen und Ober-Landes-Justiz-Collegia, cum mandato, letztere nicht nur in die Zeitungen und Intelligenz-Blättern ihrer Provinz einrücken, sondern auch den Innhalt derselben per Circulares sämmtlichen Adelichen Gutsbesitzern ihres Departements bekannt machen zu lassen.

Ita conclusum in Cons. Status den 2ten Febr. 1787.

(gez.) A. v. Danckelman.

Diese Zirkulare gingen teils am 11., teils am 13. Febr. 1787 zur Post.

Worin lag nun die Bedeutung dieses Publikandums? Denn

die Listenführung allein würde ja keine so sehr erhebliche Wichtigkeit gehabt haben. Seine Bedeutung lag aber tiefer: das Uniformtragen der verabschiedeten Offiziere war bis dahin, wie schon gesagt, ziemlich regellos gewesen, die Erlaubnis wurde anscheinend von jedem selbständigen Truppenteil nach Belieben erteilt, und wenn jemand ohne Erlaubnis die Uniform trug, fragte auch niemand danach. Allenfalls hätte wohl der Kommandeur oder Chef des Truppenteiles die Injurienklage anstrengen können.

Das wurde jetzt anders: das Uniformtragen der verabschiedeten Offiziere wurde unter kriegsherrliche Kontrolle genommen, und damit war die Grundlage zu seiner Ausbildung als einer festen heeresrechtlichen Einrichtung gegeben, durch welche die Zugehörigkeit des ausser Dienst befindlichen Offiziers zum Heere auch äusserlich dargetan wurde.

Diese tiefer gehende Bedeutung des Publikandums trat schon in dem erwähnten Zirkular vom 24. März 1789 zu Tage, da nach ihm die verabschiedeten Offiziere nur die alten Uniformen tragen durften. Die Erteilung der Erlaubnis zum Tragen der neuen Armeeuniform oder der Uniform eines bestimmten Regiments behielt sich der König selbst vor. Dieses Zirkular wurde alsdann schon nach anderthalb Jahren durch die Kabinetsorder vom 21. November 1790 ergänzt, die sich ebendort im Geheimen Staatsarchive in Abschrift befindet und folgendermassen lautet:

Seine Königl. Maj. von Pr. U. A. H. haben missfälligst in Erfahrung gebracht, dass verschiedene verabschiedete Officiere sich unterfangen, das Porte epèe zu tragen, ohne dazu Erlaubniss zu haben, und da Höchstdieselben nicht gestatten wollen, dass dergleichen Misbräuche geduldet werden, so befehlen Seine Königl. Maj. dero Ober Krieges-Collegio darauf ins künftige ganz ernstlich zu halten, dass kein Officier, der nicht mehr in Höchstdero Diensten stehet, Uniforme oder Porte epèe trage, wann er sich nicht durch eine ihm dazu ertheilte Erlaubniss legitimiren kann. S. K. Mt. wollen ferner auch nicht, dass, wann Officiere, die selbst die Erlaubniss erhalten haben, das Porte epèe tragen zu dürfen, nachmals aber in andere Dienste getreten sind, und

wiederum in S. K. Mt. Lande zurück kommen, es diesen alsdenn erlaubet seyn soll, die diesseitige Uniforme und Porte epèe zu tragen, welches Allerhöchstdieselben dero Ober Krieges-Collegio zur ebenmässigen Besorgung zugleich mit bekannt machen.

Potsdam den 21ten Novbr. 1790.

Friedrich Wilhelm.

An das Ober Krieges-Collegium.

Diese Kabinetsorder wurde vom Oberkriegskollegium mit folgendem Begleitschreiben weitergegeben:

Nachdem S. K. Mt. mittelst abschriftl. beigehender Cabinets-Ordre vom 21ten Novbr. 1790 das Tragen des Porte epèe oder der Uniforme sämmtlichen verabschiedeten Officiers, die dazu vermöge einer Allerhöchsten ertheilten Erlaubniss nicht befugt sind, aufs ernstlichste und nachdrücklichste von neuem untersagt, auch dieses Verboth selbst auf diejenige verabschiedete Officiers ausgedehnet haben, welche diese Erlaubniss zwar gehabt, seitdem derselben aber dadurch entsagt haben, dass sie in auswärtige Dienste getreten, so hat das Ober Krieges-Collegium uns aufgetragen, das p. Gouvernement zu N. zu avertiren, und will gedachtes Collegium hierdurch demselben auftragen, sich jeden Uebertretungsfall in der Garnison so fort anzeigen zu lassen, um den Contravenienten vorzufordern, und ihm solches zu untersagen. Im Fall aber dieses nicht fruchtet, es dem dortigen Gerichtshofe anzuzeigen, damit Fiscus gegen ihn excitirt, und er, so oft er sich sothanes unbefugtes Tragen des Porte epèe zu Schulden kommen lässt, in Strafe gezogen werde. Hierüber werden sämmtliche Gerichtshöfe vom Königl. Justiz-Ministerio mit dem fordersamsten instruiret werden. Zugleich ergreift aber das Ober Krieges-Collegium diese Gelegenheit, die verschiedenen Missbräuche zu rügen, die sich bereits beim Tragen der Armèe-Uniforme eingeschlichen haben, und will gedachtem Gouvernement hiemit auftragen, bey jedem Fall, wo es nicht völlig notorisch bekannt, von einem Officier, der in der Armèe Uniforme gekleidet sich sehen lässt, sich so fort die schriftliche Erlaubniss dazu nicht nur vorzeigen zu lassen, sondern auch nicht zu gestatten, dass ein verabschiedeter Officier, der nur die Erlaubniss

zur alten Uniforme hat, sich die neue zu tragen unterfange, oder aber in der alten oder neuen Armèe-Uniforme Veränderungen vornehme, und solche nach seinem Sinne abändere, oder mit einander vermische. Bey einem solchen Fall wird das Gouvernement den Inculpaten so fort arretiren lassen und dem Ober Krieges-Collegio den Umstand anzeigen, damit dasselbe S. K. Mt. Bericht davon erstatte, und die Aufhebung einer solcher gestalt gemissbrauchten Erlaubniss zu Tragung der Uniforme bewürke. Das Ober-Krieges-Collegium erwartet von dem Königl. p. Gouvernement zu N. die genaueste und strengste Befolgung dieser Anordenung, und hat solche, damit keiner sich mit der Unwissenheit entschuldigen könne, übrigens durch ein Inseratum in alle öffentliche Blätter publiciren lassen.

Berlin den 27ten.

Erstes Departement des K. O.K.C.

An sämmtliche Gouvernements.

Dem Justizdepartement wurde sie mit folgendem Begleitschreiben übermittelt:

Einem Hochlöblichen Justiz-Departement haben wir die Ehre, hierneben eine Abschrift der an das Ober-Krieges-Collegium erlassenen Höchsten Cabinets-Ordre vom 21ten dieses

wegen der abzustellenden Missbräuche, in Ansehung des Tragens der Uniforme und des Porte epèe solcher Officiere, welche nicht mehr in wirklichen Diensten stehen,

nebst demjenigen, was Wir in Gemäsheit dieser Höchsten Willensmeinung an sämmtliche General-Inspecteurs und Gouvernements dato verfügt haben, in gleichmässiger Abschrift zu communiciren, mit dem Ersuchen, sämmtliche Justiz-Behörden dahin gefälligst zu instruiren, dass selbige auf erfolgende jedesmalige Requisition der Gouvernements oder commandirenden Officiere in den kleinen Garnisons, bey entstehenden Contraventions-Faellen, in Ansehung des Tragens der Uniformen und des Porte epèe die darüber an selbige gelangende Anzeigen aufnehmen, und demnächst Fiscum gegen solche Officiers, welche sich dieserhalb etwas zu Schulden haben kommen lassen, zur Wahrnehmung

seines Amts, und damit dergleichen Officiers zur gebührenden Bestrafung gezogen werden können, auffordern mögen.

Berlin den 27ten Novbr. 1790.

Königliches Preussisches Ober Krieges-Collegium

(gez.) Rohdatz (gez.) Schulenburg (gez.) v. Kannewurff.

An Ein Hochlöblich Justiz-Departement.

Daraufhin gingen am 28. und 31. Dezember 1790 an die obersten Provinzialbehörden Rundschreiben [4], deren von Carmer gezeichnete Konzepte sich ebendort befinden, und die folgendem Beschluss des Staatsrates entsprachen:

Expediatur Circulare an sämmtliche Regierungen und Ober-Landes-Justiz-Collegia, nachstehenden Innhalts:

Da Se. Kge. May. durch eine unterm 21ten v. M. an das Ober Kriegs Collegium erlassene Allerhöchste Cabinets Ordre verboten hätten, dass kein verabschiedeter Officier, der nicht durch besondere Allerhöchste Erlaubniss dazu berechtigt sey, sich unterfangen solle, eine Königliche Uniform od. Port d'Epée zu tragen; und dass dieses Verbot auch auf diejenigen Officiers sich erstrecken solle, die zwar bey ihrer Dimission diese Erlaubniss erhalten, nachher aber derselben durch Annehmung auswärtiger Kriegs Dienste wieder entsagt hätten; so wären von dem Ober-Kriegs Collegio sämmtliche General Inspecteurs und Gouvernements instruirt worden, auf die gegen diess Verbot sich etwa ereignenden Contraventiones ein wachsames Auge zu haben, und wenn dergl. sich finden, dann sofort dem Landes Justiz Collegio der Provinz Anzeige zu machen. Die Collegia würden also hiedurch angewiesen, sobald ihnen dergl. Anzeige zukomme, dieselben sofort einem fiskalischen Bedienten vorzulegen, und diesem aufzugeben, dass er den Contravenientem darüber zur Verantwortung ziehe, die Sache im Wesentlichen nach Vorschrift der Proz. Ordn. Part. II, Tit. XI zu instruiren, und Acta instructa zum Erkenntniss einzureichen; welches sodann bey dem Collegio nach Befund der Umstände und hinlängl. ausgemittelter Contravention auf 10—50 T. und allenfalls, besonders wenn der Con-

[4] Dasjenige an das Kammergericht ist abgedruckt bei Mylius, NCC. VIII 2995.

travenient schon einmal bestraft worden, auch auf eine höhere fiscalische Geldbusse zu richten sey. Auch sollten die Collegia ihre Untergerichte in den Städten, wo Garnisons ständen, instruiren, dass dieselben, wenn ihnen von den daselbst commandirenden Officiers dergl. Anzeigen zukämmen, dieselben unweigerlich aufnehmen, und an das vorgesetzte Landes Justiz Collegium zur weiteren Verfügung unverzügl. einsenden sollten.

Notif. dem O.K.Collegio, was an die Justiz-Collegia erlassen worden, mit dem Anheimstellen: ob dasselbe bey den darinn angenommenen Bestimmungen wegen der Strafe noch etwas zu erinnern finde; da Bestimmungen an und für sich wohl nothwendig seyn dürfen, und die Sache nicht gantz der richterlichen Willkühr überlassen werden könne.

Ita conclusum in Consilio Status den 6ten Xbr. 1790.

(gez.) A. v. Danckelman.

Die im Originale vorhandene Antwort des Oberkriegskollegiums auf die am Ende des Beschlusses erwähnte Anfrage lautet:

Einem Königlichen Hochlöblichen Justiz-Departement sind Wir für die Uns mit dessen geehrtesten Antwort-Schreiben vom 6ten dieses gemachte Communication des unter eben dem dato an sämmtliche Regierungen und Ober-Landes-Justiz-Collegia erlassenen Circulars,

wegen der fiscalischen Behandlung solcher Officiers, welche sich des Tragens der Uniforme und des Porteépée zur Ungebühr anmassen,

recht sehr verbunden, und treten Wir dem erleuchteten Sentiment Eines Hochlöblichen Justiz-Departements völlig bey, dass diesem Strafgesetze durch die festgesetzte Geldbusse von 10 bis 50 Rthlr. auch nach Befinden der Umstände einer noch höhern Summe, die gehörige Wirksamkeit beygelegt, und bey vorkommenden Fällen dem richterlichen Ermessen die nötige Anleitung in Ansehung der zuzuerkennenden Bestrafung gegeben worden sey.

Berlin den 31ten December 1790.

Königlich Preussisches Ober-Krieges-Collegium.

(gez.) Rohdatz (gez.) Schulenburg (gez.) v. Kannewurff.

An Ein Königliches Hochlöbliches Justiz-Departement.

Bei diesen Massregeln, durch die zum ersten Male das unberechtigte Uniformtragen unter Strafe gestellt wurde, erscheint die Bedeutung des Uniformtragens schon erheblich gewachsen; insbesondere ergibt sich daraus, dass das Recht dazu eo ipso beim Eintritte in ein fremdes Heer verloren ging, dass durch das Uniformtragen eine gewisse fernere Zugehörigkeit zum preussischen Heere ausgesprochen wurde. Zur vollen Unterstellung unter die militärische Gerichtsbarkeit entschloss sich Friedrich Wilhelm II. allerdings noch nicht; dieses tat er erst durch eine Kabinetsorder von 1798, indem er über die Zweifel wegen der Zuständigkeit der militärischen Gerichtsbarkeit durch Bejahung der Frage entschied. Dagegen erscheint die Uniform jetzt unzweideutig als ‚Rock des Königs': wie der König selbst die Erlaubnis zu ihrem Tragen erteilt, so wird auch ihr Missbrauch vom Fiskus eingeklagt. Dass der König dabei als Kriegsherr handelt — nicht als Staatsoberhaupt im allgemeinen — wird dadurch zum Ausdrucke gebracht, dass die Ueberwachung des Uniformtragens nicht den polizeilichen, sondern den militärischen Behörden übertragen wird: jede Militärperson hat jeden Uebertretungsfall dem vorgesetzten Garnison-Gouvernement zu melden, dieses hat den Uebertreter vorzufordern und ihn zu verwarnen; im Wiederholungsfalle hat das Gouvernement die Anzeige beim Zivilgerichte zu machen.

Durchaus logisch ergab sich nun aber die Frage: wenn das Uniformtragen eine derartige Bedeutung erlangt hat, aber nur bei den verabschiedeten Offizieren geregelt ist, wie ist es dann mit den anderen verabschiedeten Militärpersonen, insbesondere den Militärbeamten zu halten? sollen diese ohne weiteres straflos die Uniform tragen dürfen, da es ihnen ja nicht verboten ist?

Diese Frage legte — wohl anlässlich eines besonderen Falles mit einem Feld-Medicus — der Substitutus Fisci Justizkommissar Hoyoll in Landeshut dem schlesischen Generalfiskal Berger vor, und dieser gab die Frage am 1. März 1791 weiter an die Ober-

---

[a] Vgl. DAMME, Grenzen d. preuss. Militärgerichtsbarkeit: Preuss. Jahrb. 69, 553.

amtsregierung in Breslau. Sofort am folgenden Tage fragte diese weiter beim Könige an,

> ‚ob es erlaubt sey, dass dergleichen Personen, welche sich im Kriege durch die Uniform auszeichnen sollen, diese Uniform auch noch jetzt, da der Grund dazu wegfällt, noch tragen dürfen?'

d. h. ‚Personen, welche nicht Officiers sind, sondern bei Mobilmachung der Armée bei derselben engagirt worden, und eine Uniform erhalten, z. E. Feld-Medici, nachdem ihr Officium bei der Armée aufgehört'. Denn wenn auch das Verbot dem Wortlaute nach nur von Offizieren sprach, so schien diese Frage doch bedenklich, da die ‚ratio legis, dass das Ehren-Zeichen der Uniform, nur die Belohnung verdienter Officiers seyn solle, auf Officianten, welche nur auf eine Zeit bei der Armée placirt sind, sich nicht erstrecke'.

Der Staatsrat übermittelte die Anfrage nicht dem Könige, sondern sandte sie am 9. April 1791 an das Oberkriegskollegium auf Grund des Beschlusses vom 9. April 1791:

Comm. in orig. sub petito remissionis dem Ober Kriegs-Collegio mit dem Ersuchen um die Mittheilung seines erleuchteten Sentiments. Diesseits wäre man der Meynung, dass auch anderen als Officiers, welche bey der Armée gestanden und Uniformen getragen hätten, der fernere Gebrauch derselben nach erfolgter Entlassung ohne besondere Erlaubniss nicht frey stehe; weil überhaupt die mit einem Amte verbundenen Unterscheidungen demjenigen, der das Amt nicht mehr führe, de regula nicht zukämen. Inzwischen würde es dergl. Leuten bey ihren meist sehr beschränkten Vermögens Umständen doch auch sehr beschwerlich fallen, wenn sie von der Uniform, die ihnen bey ihrer Dimission gelassen würde, nicht sollten Gebrauch machen können. Ita conclusum in Consilio Status

de 4. Aprilis 1791 (gez.) Carmer

(gez.) Kluge.

Darauf gab das Oberkriegskollegium eine mehr auf Billigkeitsgründen, als auf juristische Erwägungen gegründete Antwort dahin:

Wenn Ew. Excellenz Inhalts Dero geehrtesten Schreibens vom 4ten dieses über die Anfrage der Breslauschen Ober-Amts-Regierung: ob den Officianten, welche bey der Armée gestanden. und nicht Officiers sind, die erhaltene Uniform nach ihrer Entlassung zu tragen, erlaubet sey? Unser Sentiment zu vernehmen wünschen; so ermangeln Wir nicht, mit Zurücksendung der Uns gefälligst mit communicirten 2. Anlagen ergebenst zu erwiedern: dass von Unterofficiers und Gemeinen hierbey nicht die Rede seyn kann, da selbige die Montirung, welche sie vom Regiment mitnehmen, oft ihre ganze übrige Lebenszeit tragen, und ihnen solches ohne die grösste Unbilligkeit nicht zu verwehren seyn würde.

Beim Unterstabe dürfte die Frage auch nicht vorkommen, da die Regiments-Quartier-Meister und Auditeurs, wenn sie Civil-Bedienungen erhalten, sich gewöhnlich so gleich Civil-Kleidungen machen lassen, allenfals wider das Tragen eines blossen blauen Rockes bey ihnen ebenfalls nichts einzuwenden seyn würde.

Es wird also eigentlich nur auf die Feld-Officianten ankommen, nemlich Commissariats-Bäckerey-Proviant und Lazareth-Bediente.

Alle diese werden nur auf die Zeit des Krieges engagiret und nach hergestelltem Frieden höret ihre Function, mithin auch die ihnen etwa gestattete Uniform natürlicher-Weise auf. Indessen wird hierbey wohl nicht mit der Strenge verfahren werden können, dass man einem solchen Bedienten, der sich vielleicht seine Uniform nur wenige Monathe vor hergestelltem Frieden hat machen lassen, nicht gestatten wollte, sie vollends aufzutragen.

Berlin den 12ten April 1791.

Königlich Preussisches Ober Krieges Collegium.

(gez.) Rohdatz (gez.) Schulenberg (gez.) v. Kannewurff.

Des Königlichen Gross-Canzlers auch Würcklichen Geheimen Staats- und Ersten Justiz Ministre Herrn von Carmer Excellenz.

Demgemäss beschied dann der Staatsrat die Breslauer Oberamtsregierung in einem am 25. April 1791 zur Post ge-

gebenen Schreiben, das folgendem Beschlusse entsprach:

Comm. der Breslauischen O.A.Reg. zur Nachricht, und sey also hiernach den gewesenen Feld-Officianten nur das Auftragen ihrer aus dem Dienste mit gebrachten Uniform, nicht aber die Anschafung neuer zu gestatten.

Ita conclusum in Consilio Status
den 18ten April 1791. Carmer.
(gez.) A. v. Danckelman.

Ob diese Entscheidung des Staatsrates jedoch wirklich den Sinn der Kabinetsorder traf, mag füglich dahingestellt bleiben.

Literatur.

Dr. Hermann Rehm, Professor. Prädikat- und Titelrecht der deutschen Standesherren. Eine rechtlich-kulturgeschichtliche Untersuchung im Auftrag des Vereins der deutschen Standesherren unternommen. München 1905, J. Schweitzer Verlag. 359 S. Preis broch. Mk. 11.50

Ueber das trotz einheitlicher Grundzüge recht verschiedenartig und zuweilen gar innerhalb des nämlichen Staates widersprechend geordnete Prädikat- und Titelrecht der deutschen Standesherren gibt Rehm in diesem Werke eine fleissig gearbeitete, eingehende Untersuchung.

Von den beiden Prädikaten, die hier zur Frage kommen, Durchlaucht und Erlaucht, kam das erstere in der Form „Durchlauchtig" bis ins 16. Jahrhundert nur dem Kaiser zu. Die Fürsten waren bis dahin „hochgeboren". Erst in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts verliehen die Kaiser einzelnen Fürsten als Zeichen besonderer Gnade die Titulatur „Durchlauchtighochgeboren". Die Wahlkapitulation Ferdinands III. 1636 gewährte sie dann generell allen Kurfürsten. Nicht allzulange darauf, nämlich seit 1659, wurde sie wieder und zwar gegen Taxen einzelnen Fürsten als besondere Auszeichnung weiter verliehen, worauf die Kurfürsten nach langem Drängen 1711 für sich das Prädikat „durchlauchtigst" durchsetzten. Der Untergang des Deutschen Reiches nahm den Mediatisierten wie ihre Reichsstandschaft so auch ihre Prädikate. Die souverän gewordenen Landesherren bezeichneten sie einfach als Herr Fürst, Herr Graf. Nach der Niederwerfung der Fremdherrschaft ordneten die einzelnen deutschen Staaten zunächst selbständig das Titel- und Prädikatwesen der zu Standesherren gewordenen Mediatisierten in verschiedener Weise. Im Jahre 1825 resp. 1829 einigten sie sich dann durch Bundesratsbeschluss, den Häuptern der fürstlichen mediatisierten Familien als Ausdruck ihrer Ebenbürtigkeit mit den souveränen Familien das Prädikat Durchlaucht zu geben, ein Beschluss, über den die Staaten in der Folge noch hinausgingen. Den Häuptern der mediatisierten gräflichen Familien erteilte zuerst Hessen das Prädikat „Erlaucht", ein Prädikat, welches

erst nach 1750 vereinzelt in Deutschlands gräflichen reichsständischen Familien aufgetaucht war, ohne weder weite Verbreitung noch die Anerkennung der kaiserlichen Kanzlei zu erringen. Nunmehr wurde es offizielles Prädikat, und 1829 durch Bundesratsbeschluss für diese Familien in ganz Deutschland acceptiert.

Da diese Prädikate mehrfach nur den Familienhäuptern zugebilligt worden sind, so schliesst Rehm hier eine Untersuchung an, wer als Haupt anzusehen ist. Es ergibt sich, dass es dasjenige Mitglied der Familie ist, welchem, wenn das alte Reich noch bestünde, die Reichsstandschaft zustehen würde. Meist ist das der Chef der ältesten Linie; doch kommen auch andere Konstruktionen vor. Während den Häuptern infolge der oben erwähnten Bundesratsbeschlüsse ein Recht auf die Bezeichnung Durchlaucht resp. Erlaucht zusteht, haben die Nachgeborenen es nur dann, wenn entweder in früheren Zeiten das Reich oder später der Staat, in dem sie domiziliert sind, ihnen dies Recht ausdrücklich erteilt hat — was oft vorgekommen ist.

Die Bundesratsbeschlüsse von 1825 und 1829 versprachen, den ehemals reichsständischen Häusern einen ihrer Ebenbürtigkeit mit den souveränen Familien angemessenen Rang und Titel sowie den Häuptern der fürstlichen Familien das Prädikat Durchlaucht zu geben. Rehm folgert daraus, dass hiermit die deutschen Bundesstaaten sich verpflichtet hätten, dies Prädikat allen anderen Familien vorzuenthalten. Anderenfalls würde die ausgezeichnete Stellung nicht vorhanden sein, die diese Bundesratsbeschlüsse den Mediatisierten gewähren wollten. Man wird ihm hierin wohl nicht folgen. Denn wenn die Beschlüsse die deutschen Staaten auch verpflichteten, die Mediatisierten den Souveränen in dieser Beziehung gleichzustellen, dann folgt daraus noch nicht, dass ihnen dadurch verboten sei, irgendwelchen anderen Personen ebenfalls diese Gleichstellung zu gewähren. Faktisch ist das denn auch vorgekommen. Anfangs wurde freilich den neuen Fürsten nur das Prädikat „Fürstliche Gnaden" erteilt. In Oesterreich ist man bis heute dabei verblieben, wie denn die galizischen Radzivill, das ältere Haus Sulkowski, die Fürsten Czartorisky, Lubomirsky, Kinsky, Battiany-Strattmann, Clary und Paar es immer noch führen. Preussen verlieh dagegen seit 1861 seinen Fürsten das Prädikat Durchlaucht und erteilt es seitdem immer gleichzeitig mit den Fürstentiteln.

Ueber die Titel Herzog, Fürst und Graf bringt Rehm weiter nichts bei. Dagegen untersucht er eingehend die Ausdrücke Erbprinz, Prinz und Erbgraf. Für den Nachfolger in der Kurwürde bringt das 16. Jahrhundert zuerst den Ausdruck Kurprinz. Die Entstehung des Titels Erbprinz als entsprechende Bezeichnung in den andern fürstlichen Häusern, setzt Rehm 100 Jahre später. Die Einführung des Französischen als Hofsprache liess den Titel Prinz für die jüngeren Söhne fürstlicher Familien ohne Unterschied ihrer speziellen Titulatur (Herzog, Markgraf,

Pfalzgraf etc.) in Aufnahme kommen. Und zwar sind es die nichtregierenden, unvermählten Sprossen, die am Ende des 18. Jahrhunderts ihn erhalten, ohne dass er indes damals irgendwelche staatliche Anerkennung erhalten hätte. Nur den „Kurprinzen“ approbierte die kaiserliche Kanzlei. Im 19. Jahrhundert dagegen wurde Prinz zum Titel aller Nachgeborenen fürstlicher Häuser, damit sie einen andern Titel hätten als das Haupt der Familie. Auch die mediatisierten Fürsten führten ihn ein; nur Bayern untersagte ihn denselben und verlangte, dass alle ihre Mitglieder sich Fürst zu nennen hätten. Entsprechend dem Titel Erbprinz nahmen die reichsständischen Grafen seit der Mitte des 18. Jahrhunderts für ihren Erstgeborenen den Titel Erbgraf an, der aber auch wie jener nur eine private Bezeichnung, kein rechtlich anerkannter Titel ist.

Hauptmann.

Dr. Konrad Zorn, Ueber die Tilgung von Staatsschulden. (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Herausgegeben von den Professoren Zorn und Stier-Somlo. I. Bd., 3. Heft.) Tübingen, Mohr 1905. VIII und 121 S. Mk. 3.20.

Aus dem Rahmen der Bonner Sammlung tritt die Zornsche Arbeit einigermassen heraus. Denn sie ist keine Abhandlung aus dem öffentlichen Rechte, überhaupt keine juristische Abhandlung, sondern eine finanzwissenschaftliche Studie. Die Frage der Tilgung der Staatsschulden wird nicht juristisch untersucht. Der Verfasser erörtert nicht oder wenigstens nicht ex professo die mit der Schuldentilgung zusammenhängenden finanzrechtlichen und speziell budgetrechtlichen Fragen. (S. 6 f. streift er das Problem der Verpflichtbarkeit des Staates zur Tilgung der Anlehen, ohne es anders, als in praktischer Weise lösen zu wollen. Vgl. auch S. 45, wo er Art. 62 der preussischen Verfassung verwertet.) Ihm handelt es sich vielmehr darum, ob der Staat im Interesse der Staats- und Volkswirtschaft die Anlehen tilgen, und wie er sie tilgen soll. In zwei Abschnitten werden die freie Tilgung und die Zwangstilgung — allerdings ohne eine präzise Begriffsbestimmung der beiden Tilgungsmodalitäten — abgesondert dargestellt. Der Autor ist kein Freund der freien Tilgung, weil unter der Herrschaft des Systems der Tilgungsfreiheit die Tilgungsquote nachweisbar zurückgeht. Als klassisches Beispiel führt er die bayerische Praxis an. Die damit scheinbar nicht übereinstimmenden Erscheinungen in Preussen erklärt er durch besondere Umstände, die das Prinzip nicht tangieren, so in erster Linie durch die ausserordentlichen Einnahmen, die Preussen infolge des deutsch-französischen Krieges und der Errichtung des Reiches zugegangen sind. Der Verfasser empfiehlt die obligatorische Schuldentilgung, speziell die Prozentualtilgung. Ergänzend kann für einen Teil der Anlehen eine

annuitätenweise Tilgung hinzutreten. Doch müssten die so zu tilgenden Anlehen bei vom Staate abhängigen Anstalten und Kassen plaziert und überdies die Gläubiger verhalten werden, die Kapitalsrückzahlungen ganz oder zum Teile wieder zur Anlage in Staatspapieren zu verwenden. Auch die Bildung von Tilgungsfonden will der Autor (namentlich für kleinere Staaten) nicht durchaus perhorreszieren, sofern nur die Zinsesverzinsung entsprechend beschränkt wird. Vom österreichischen Tilgungsfonde sagt ZORN (S. 10), dass er in den letzten Jahren vor 1859 „kaum mehr“ zur Staatsschuldentilgung Verwendung gefunden hat. Angesichts des im Kais. Patente vom 23. Dezember 1859 Nr. 226 RGBl. enthaltenen Geständnisses lässt sich dieser Satz apodiktisch fassen. Begreiflicherweise stehen die preussischen Verhältnisse im Mittelpunkte der Darstellung, und mit berechtigtem Stolze hebt der Autor die Lichtseiten der Staatsschuldenverwaltung seines Vaterlandes hervor. Indem er sich bemüht, die richtigen Gesichtspunkte für die preussische Tilgungspolitik zu gewinnen, sieht er sich zu einem Streifzuge auf das Gebiet der Eisenbahnpolitik und der Eisenbahnbudgetierung genötigt. Die gut geschriebene Schrift bedeutet sicherlich eine dankenswerte Bereicherung der Literatur des Staatsschuldenwesens.

Dr. Ludwig Spiegel.

Das Staatsrecht der preussischen Monarchie von Dr. LUDWIG VON RÖNNE, in 5. Auflage neu bearbeitet von Dr. PHILIPP ZORN. Erster und zweiter Band. Leipzig (Brockhaus) 1899 und 1906.

Noch kurz vor Schluss des vergangenen Jahres ist ein beachtenswertes und von weiteren Kreisen mit Interesse verfolgtes Unternehmen aus dem Gebiete des preussischen Staatsrechts seiner hoffentlich nicht mehr allzu fernen Vollendung um einen erheblichen Schritt näher gebracht worden: Von der Neubearbeitung des veralteten v. RÖNNEschen Staatsrechts der Preussischen Monarchie durch PHILIPP ZORN liegt nunmehr auch der lange erwartete zweite Band abgeschlossen vor. Der erste Band erschien bereits im Jahre 1899.

Wer einen auch nur flüchtigen Einblick in die Literatur unseres geltenden preussischen Staatsrechtes getan hat, der wird gar bald zu der Ueberzeugung gelangt sein, dass neben einigen Lehr- und Handbüchern, deren Verdienst gewiss nicht verkannt werden soll, doch nur ein einziges Werk den umfangreichen Rechtsstoff in einem einigermassen erschöpfenden System zur Darstellung bringt — das Staatsrecht der Preussischen Monarchie von LUDWIG V. RÖNNE; da aber seit dem letzten Erscheinen dieses Buches ungefähr 25 Jahre verflossen sind, so ist sein Inhalt bei dem schnellen Wechsel, dem das öffentliche Leben und mit ihm das öffentliche Recht in den letzten Jahrzehnten unterworfen war, leider zum grossen Teil veraltet und darum

für den rein praktischen Gebrauch ziemlich wertlos geworden. Welchen Dank daher die Wissenschaft demjenigen schuldet, der die schwierige und mühevolle Arbeit der Erhaltung und Fortführung jenes tüchtigen Werkes nicht gescheut hat, bedarf hiernach keiner weiteren Hervorhebung.

Die erste Aufgabe des neuen Bearbeiters bestand darin, das v. RÖNNEsche Buch seinem Hauptvorzuge gemäss unter peinlichst sorgfältiger Sammlung und Verwertung aller durch den Fortgang des Staatslebens, der Gesetzgebung und der neueren Staatsrechtswissenschaft bedingten Ergänzungen dem heutigen Stande der Gesetzgebung und Literatur entsprechend zu gestalten und so der modernen Praxis und Wissenschaft anzupassen. Andrerseits durfte sich der Verfasser aber der Einsicht nicht verschliessen, dass bei der Neubearbeitung mehrere prinzipielle Momente einer Abänderung und Verbesserung bedurften. Besonders zwei Eigenarten des v. RÖNNEschen Werkes mögen in diesem Zusammenhange genannt sein: Die besondere Betonung des konstitutionellen Gedankens und die reichliche Benutzung parlamentarischen Materials. Beides geht Hand in Hand.

v. RÖNNE hatte die bedeutsame Epoche des Uebertritts Preussens zum konstitutionellen System in allen Phasen miterlebt und als begeisterter Verfechter der neuen Ideen sich die Aufgabe gesetzt, das neue preussische Staatsrecht zur Darstellung und den neuen konstitutionellen Staatsgedanken zum wissenschaftlichen Verständnis zu bringen. Für ihn ist die preussische Verfassungsurkunde in erster Linie eine konstitutionelle, die freilich zugleich das monarchische Prinzip nach allen Richtungen hin wahrt. Diese Auffassung enthält aber doch eine gewisse Verkennung oder, wie sich ZORN in der Vorrede zum 1. Bande der Neubearbeitung sehr mild ausdrückt, kein Durchringen zu „voller Festigkeit des monarchischen Staatsgedankens als des Grund- und Ecksteins des preussischen Staates und Staatsrechtes". „Die plenitudo potestatis ruht nach preussischem Staatsrecht im König; der König ist Grund und Quelle alles Rechtes in Preussen. An diesem Fundamentalsatze hat auch die Verfassungsurkunde nichts geändert". Sie enthält nur eine Einschränkung, aber keine Negation der primären Natur der preussischen Königsmacht. Diese Auffassung wird der historischen Entwicklung, sie wird auch dem geltenden Rechtszustande gerecht.

Der v. RÖNNEschen Anschauung entspricht die hohe Wertschätzung und fortgesetzte Wiedergabe der im Parlament vertretenen Ansichten und Meinungen; war er doch selbst lange Jahre eifriges Mitglied der Volksvertretung. Diese seine Methode lässt jedoch nicht nur die theoretische Untersuchung sehr oft zu kurz kommen, sondern sie entbehrt auch häufig jedes tieferen wissenschaftlichen Interesses. Es ist daher nur zu billigen, wenn ZORN das parlamentarische Material nur da herangezogen hat, wo wirklich irgend eine Förderung der wissenschaftlichen Gestaltung des Stoffes davon zu erwarten war.

Im ersten Bande der neuen Ausgabe hatte nun der Verfasser nicht

so sehr auf die Ergänzung des Stoffes als vielmehr in erster Linie auf die Ausgleichung der gedachten v. RÖNNEschen Eigenheiten sein Hauptaugenmerk zu richten. Insbesondere zur nachdrücklichen Betonung des monarchischen Prinzips bot ihm der Inhalt dieses Bandes den gegebenen Anlass. Gleich im Vorwort wird dieser Grundsatz mit aller Entschiedenheit als „Grund- und Eckstein des Preussischen Staates und Staatsrechtes" bezeichnet. ZORN bekennt sich hier mit so rückhaltloser Offenheit und Klarheit zum Prinzip des monarchischen Staatsgedankens, dass selbst diejenigen Stimmen, welche ihm aus der hierdurch bedingten Umgestaltung der Grundlagen des v. RÖNNEschen Werkes einen gewissen Vorwurf gemacht haben, wenigstens den Mangel an zweifelsfreier Kundgebung dieser seiner Absicht nicht zu rügen vermögen. Auf der andern Seite ist ausdrücklich anzuerkennen, dass durch die schärfere Hervorhebung der wirklichen, historisch begründeten Stellung des preussischen Königtums die verfassungsmässig verbrieften Rechte der Volksvertretung nach keiner Richtung eine Verkürzung erfahren haben. Den Beweis hierfür liefert äusserlich allein schon die Tatsache, dass der räumliche Umfang der vom König und vom Parlament handelnden Kapitel fast genau der gleiche geblieben ist wie in der 4. Auflage des Buches. — Abgesehen hiervon enthält der 1. Band ausser der ausführlichen Einleitung (Geschichtliche Entwicklung des Preussischen Staates und des heutigen Deutschen Reiches, Quellen und Hilfsmittel des preussischen Staatsrechts) die Materien Staatsgebiet und Staatsdienst sowie den Anfang des Staatsbürgerrechtes (Begriff, Erwerb, Verlust der Staatsangehörigkeit).

Im Gegensatz hierzu bestand die Hauptschwierigkeit des zweiten Bandes in der Verarbeitung des seit dem Jahre 1882 fast ins Unbezwingbare angewachsenen Stoffes, ja in der völligen Neuschaffung ganzer Abschnitte, um dem Werk das Gepräge der Vollständigkeit zu erhalten. Diese Umstände mögen zu der Verzögerung des Erscheinens dieses Bandes recht erheblich beigetragen haben. Der Inhalt fährt in der Darstellung des Verfassungsrechtes fort. Er enthält die grössere Hälfte (die Fortsetzung) des Staatsbürgerrechtes sowie das gesamte Staatsbehördenrecht. Besonders eingehend werden die Grundrechte der Preussen erörtert. [Ob es sich eigentlich nach der heutigen Rechtsauffassung über die Grundrechte noch lohnt, sie auf 151 grossen Seiten darzustellen, wird manchem fraglich erscheinen; wenn man auch nicht soweit gehen darf, diesen Begriff mit LABAND und anderen Schriftstellern überhaupt aus dem System des Staatsrechts zu verweisen und der Politik zu überlassen, so muss man andrerseits zugeben, dass der Kreis derjenigen objektiven Rechtsnormen, die man als „Grundrechte" zu bezeichnen pflegt, nicht geschlossen ist und infolgedessen keinen Anspruch darauf machen kann, als selbständiges Rechtsinstitut zu gelten und als solches behandelt zu werden. Wenn ZORN gleichwohl diese „zu dem fast mit der Kraft des Dogmas ausgestatteten Bestande der älteren

konstitutionellen Theorie" gehörenden Grundrechte so ausführlich behandelt, so ist die Ursache offenbar allein in der Rücksichtnahme auf das System v. RÖNNES zu suchen. —] Der Abschnitt über die Staatsbehörden gliedert sich in drei Kapitel: Einteilung des preussischen Staates, Organismus der Verwaltungsbehörden, Gerichtswesen. [Gerade beim Kapitel „Organismus der Verwaltungsbehörden" war wegen der Neuorganisation durch die Gesetzgebung der siebziger und achtziger Jahre wie an keiner andern Stelle des Buches eine Neuschaffung des Textes notwendig. Welche Arbeit die erschöpfende Sammlung und systematische Anordnung dieses Stoffes erforderte, zeigt wohl am besten der Abschnitt über die Bezirksregierungen S. 524 ff!]

Eine Reihe von Nachträgen zu beiden Bänden ist dazu bestimmt, den gesamten während ihrer Bearbeitung erst erschienenen Rechtsstoff bis auf die jüngste Zeit nachzuholen. Auf diese Weise ist auch der erste Band dem neuesten Stande der Wissenschaft angepasst und dadurch die Monopolstellung des ganzen Werkes — soweit es bis jetzt vorliegt — unter allen Lehrbüchern des preussischen Staatsrechts auch nach der Seite der Vollständigkeit und praktischen Brauchbarkeit zweifellos gesichert werden. Wenn der Verfasser am Schlusse der Vorrede zum zweiten Bande der Hoffnung Ausdruck verleiht, dass sein Buch „in der neuen Gestaltung auch den neuen Bedürfnissen Genüge tun und als Nachschlagewerk und Wegweiser für das weite Gebiet unseres vielgestaltigen und in so starker Entwicklung begriffenen öffentlichen Lebens und Rechtes seinen Wert behaupten" möge, so wird ihm die Verwendung des Buches in Theorie und Praxis sicherlich bald bestätigen können, dass er sich in seinen Erwartungen nicht getäuscht hat, dass man ihm gegenüber vielmehr nur den einen noch unerfüllten aber hoffentlich in nicht zu ferner Zeit erfüllbaren Wunsch hegt, es möge ihm vergönnt sein, sein grosses preussisches Staatsrechtssystem in raschem Weiterbau zur Vollendung zu bringen und damit einer der dringendsten wissenschaftlichen Forderungen der Gegenwart zu genügen.

Bonn. Dr. jur. Friedr. Giese.

Stier-Somlo, Professor Dr., Die Ausbildung der höheren Verwaltungsbeamten. Grundsätzliche Erörterungen. Berlin 1906. R. v. Deckers Verlag. 83 Seiten.

JELLINEK erzählt einmal, dass in dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts Vorlesungen über Theorie und Praxis der Staatsverwaltung sowie über Polizeiwissenschaft in Heidelberg von dem Vertreter der — Geologie und Mineralogie gehalten wurden. Ich bringe die köstliche Mitteilung nicht ohne Absicht hier bei: sie lässt die Hoffnung nicht zu schanden werden, dass in gemächlichem Tempo das auch noch jetzt stiefmütterlich behandelte Verwaltungsrecht im Unterrichte die gebührende Stellung erhält, nachdem

es im Rechtsleben zu einschneidender Bedeutung gelangt ist, nachdem Rechtsprechung und Rechtslehre um sein Fortschreiten sich Jahrzehnte mühen. Deshalb eben ist die vom Verfasser behandelte Frage gewiss keine Fach- und Standesfrage missvergnügter Dozenten; und es steht nicht einmal bloss, wenn schon das hervorsticht, zu bedenken, „dass das höhere Beamtentum wissenschaftlich auf der Höhe bleibe, dass es — als starke und hochgeschätzte Stütze des preussischen Staates — in geistiger Beziehung nicht ins Hintertreffen gerate" (S. 47). Dass der Nutzen vom Standpunkte der Berufswahl weiter reicht, führt der Verf. selbst aus (S. 26, 67). Ausdehnung und Vertiefung verwaltungswissenschaftlicher Kenntnis kann auch allein, wie ich meine, der Verständnislosigkeit der Juristenkreise gegenüber Staatswirtschaft und Staatsorganisation entgegenarbeiten und damit zu einem guten Teile auch einem, heut freilich über Gebühr hervorgezogenen Uebelstande, dem Mangel des Vertrauens zu dem Richter, vorbeugen.

Der Verf. geht von dem preussischen Gesetze vom 10. Aug. 1906 aus, das nur ein Torso ist und m. E. die Spuren von Gleichgültigkeit oder Ermüdung der gesetzgebenden Körperschaften gegenüber dem Stoffe der juristischen Vorbildung nicht verleugnet. Er betont die Notwendigkeit einer gründlichen Reform. Durch einen Ueberblick über die Aufgaben des verwaltungsrechtlichen Unterrichts legt er die Gründe für das Ueberwiegen des privatrechtlichen klar. Aber ohne Scheu vor „überlegen-spöttischer" Ablehnung bekennt er sich zu der Auffassung, dass „das Privatrecht in seiner zentralen Stellung nicht mehr zu halten sei" (S. 31, aber S. 55). Daran knüpft er den Plan einer „Verwaltungsakademie" mit Vorschlägen zu ihrer Ausgestaltung im einzelnen, die weder eine Verlängerung der Universitätsstudien noch des gesamten Vorbereitungsdienstes voraussetzen. Die Akademien sollen der Ausbildung und nicht der Fortbildung dienen. Sie sollen sich dereinst an alle Universitäten anlehnen und 4 Kurse umfassen, von denen die ersten beiden in die Studentenzeit, die andern in die Referendarzeit fallen sollen. Der ersten Hälfte weist er zu: Geschichte und Grundzüge des Verwaltungsrechts (4 Stunden), preussisches Verfassungsrecht und Reichsstaatsrecht (je 4—6 St.), Völkerrecht (4 St.), sowie mindestens eine praktische Uebung — für die zweite Hälfte etwa 2 Uebungen nebst einem Konversatorium. Auf beide Hälften wären als Sondervorlesungen zu verteilen: Organisation der Verwaltung (2 St.), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2—3 St.), Gewerberecht (3—4 St.), Arbeiterversicherungsrecht (2 St.), Verwaltungsrecht der Finanzen und Steuern (2—3 St.), Kolonialrecht (1 Std.).

Diese Andeutungen werden das Ziel des Verfassers erkennen lassen, dem er mit vorsichtiger Würdigung des Für und Wider zusteuert. Die zahlreichen Auslassungen zu dem Thema aus der neueren Zeit sind verarbeitet; der Verfasser zieht statistisches Material aus dem Lehrbetriebe

der Universitäten heran und erfreut durch manche treffende Beobachtung. Das abschliessende Wort ist die Schrift natürlich noch nicht. Hierfür wäre es z. B. erwünscht, in dem geschichtlichen Ueberblick das Verwaltungsrecht aus dem Staatsrechte noch mehr hervortreten zu lassen (gerade für die Vorschläge des Verfassers wäre eine Erinnerung daran, dass schon J. J. Moser 1749—1751 eine „Staats- und Kanzleiakademie" in Hanau errichtet hatte, nicht ohne Interesse gewesen). Es wird ferner notwendig sein, auf die nicht minder schwierige Lage des Verwaltungsrechts in andern deutschen Staaten (so Baden) und in Oesterreich einen Blick zu werfen. Schliesslich wird sich auch eine Auseinandersetzung mit dem Fache der Volkswirtschaftslehre auf die Dauer nicht umgehen lassen, die unter offizieller Begünstigung (vgl. die Erklärung des Regierungsvertreters im Abgeordnetenhause am 10. April 1907) das „Sozialrecht" an sich zu ziehen strebt. Diese Wünsche dürfen aber die vorliegende Schrift nicht etwa bloss als eine Anregung erscheinen lassen. Ich möchte die Arbeit, um in verwaltungsrechtlichem Bilde zu bleiben, vielmehr mit der Zollstelle vergleichen, die zu umfahren verboten ist — vor den Lesern dieser Zeitschrift brauchte ich darum nur auf ihr Erscheinen hinzuweisen.

Halle a./S. Privatdozent Dr. Fleischmann.

Deutsche Sozialgesetzgebung. Geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht von Prof. Dr. Stier-Somlo in Bonn. Verlag von Gustav Fischer in Jena 1906. Preis geh. 7.50 Mk. geb. 8.50 Mk.

Das vorliegende Buch ist an sich vollkommen selbständig und in sich abgeschlossen. Es gibt die Geschichte der deutschen Sozialgesetzgebung im Grundriss und das ganze geltende Krankenversicherungsrecht. Zusammen mit der noch ausstehenden Darstellung des Unfall-, Invaliden- und Arbeiterschutzrechts wird es das gesamte Gebiet der deutschen Sozialgesetzgebung umfassen. Der andere, ebenfalls in sich abgeschlossene und selbständig zu benützende Teil des Werks, der sich bereits unter der Presse befindet, jetzt vielleicht schon der Vollendung nahe ist, wird den Titel führen: „Deutsche Sozialgesetzgebung. Das Unfall-, Invaliden- und Arbeiterschutzrecht". So reichhaltig die Literatur über die Deutsche Sozialgesetzgebung, von der ausserdeutschen hier abgesehen, ist, gliedert sich Stier-Somlos Werk vollwertig in deren Reihe ein, es ist unbedenklich zu den bedeutendsten Erscheinungen auf dem sozialpolitischen Gebiete zu rechnen. In geschickter und glücklicher Weise ist der Verfasser bestrebt gewesen, Theorie und Praxis zu vereinigen, indem er eine auf der Höhe der jüngsten Gesetzgebung stehende zusammenfassende Darstellung der sozialrechtlichen Materie, insonderheit des Krankenversicherungsrechts, geliefert hat. Verfasser sagt in der Einleitung: „Für den, der zum ersten Male an den grossen

Wissenszweig der sozialen Gesetzgebung herantritt, sind die Ausführungen des Textes bestimmt, in denen das Wesentliche und Grundsätzliche zu bieten Gegenstand ernstlicher Bemühung war. Dem wiederholten Studium und dem weitern Eindringen wollen die Anmerkungen dienen". Die Durchsicht des Buchs bestätigt diese Absicht des Verfassers in jeder Beziehung. Die Ausführungen des Textes erfüllen die Aufgabe eines Grundrisses und dieser mit den Anmerkungen zusammen diejenige eines Lehr- und Handbuchs; es wird der gegenwärtige feste Bestand der Wissenschaft und Rechtsprechung in zweckentsprechender Form übersichtlich und zuverlässig dargeboten. Dies ist für den Gebrauch des Buchs um so wertvoller, als die Betrachtungen im Texte gewissermassen die Quintessenz dessen darstellen, was in den Anmerkungen durch die Rechtsprechung u. s. w. belegt wird. Von den 2 Büchern, in welche das Werk geteilt ist, enthält das erste eine Besprechung des Begriffes der deutschen Sozialgesetzgebung, ferner die Behandlung der wirtschaftsgeschichtlichen Voraussetzungen und die Einteilung der Sozialgesetzgebung. Es folgt die Arbeiterfürsorge bis zum Versicherungszwang und dessen Einführung, sowie die Schilderung des Arbeiterschutzes in Deutschland. Das 2. Buch umfasst das Arbeiterversicherungsrecht im besonderen die Krankenversicherung. Der Anhang bringt eine Anzahl in Betracht kommender Gesetze und Verordnungen, Quellen und ausführliches alphabetisches Sachregister bilden eine erwünschte Beigabe. Der reiche Inhalt des Buchs und die gute Ausstattung lassen den Preis angemessen erscheinen. Wir können STIER-SOMLOs Werk nur angelegentlich empfehlen.

Leipzig. Wengler.

Sachregister.

ARCHIV

FÜR

ÖFFENTLICHES RECHT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. PAUL LABAND
PROFESSOR DER RECHTE IN STRASSBURG I. E.

Dr. OTTO MAYER
PROFESSOR DER RECHTE IN LEIPZIG

UND

Dr. FELIX STOERK
PROFESSOR DER RECHTE IN GREIFSWALD.

EINUNDZWANZIGSTER BAND.

VIERTES HEFT.



TÜBINGEN
VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
1907.

Mit Beilagen von J. Kern's Verlag in Breslau und von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

INHALT.

Aufsätze.

Seite

Quellen und Entscheidungen.

Literatur.

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel.

Primitive Geschlechtsverbindungen und legitime Ehe
S. 2–81.

V. Kapitel.

Das Eherecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches

S. 407—505.

VI. Kapitel.

Ehekritik, Ehescheidung und außereheliche Geschlechtsbeziehungen.

S. 506—573.

Anregung zur freien „Protestehe" S. 513. — Versuche der Konstruktion einer neuen Sexualethik S. 514. — Begründung auf die vulgärsozialistische Theorie der Eheentwicklung S. 515. — Die „ökonomische Emanzipation" der Frau S. 516. — Speziell die „Mutterschaftsrente" S. 519. — Die Prostitution als Korrelat der „legitimen Ehe" S. 522. — Prinzipielles Verhältnis von sexualethischer Norm und sexualethischen Tatsachen S. 527. — Verhältnis von sittlichem Wert und rechtlicher Ordnung der Ehe S. 531. — Die rechtliche Behandlung der Konkubinate S. 535. — Konsequenzen aus dem formalen Charakter des Rechts S. 537. — Schranken der materiellen sexuellen Vertragsfreiheit S. 541. — „Freie Ehe" oder Ehereform? S. 542.

B. Das Ehescheidungsproblem, speziell im deutschen BGB. S. 546—559.

„Absolute" und „relative" Scheidungsgründe im BGB. S. 547. — Prinzip der Scheidung nur wegen Schuld S. 548. — Konsequenzen infolge des patriarchalen Eherechtes S. 549. — Begründung des Prinzips in den Motiven des BGB. S. 551. — Kritik S. 551. — Schlußfolgerungen S. 555. — Statistische Bedeutung der Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung und Konsequenzen ihrer Beseitigung S. 557. — Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Doppelte Moral bei Behandlung der mangelnden Virginität S. 558.

C. Das Unehelichkeitsproblem, speziell im deutschen BGB. S. 560—571.

Prinzipieller Standpunkt des BGB. S. 561. — Unterhaltspflicht des Vaters S. 562. — Schranken und Schwierigkeiten der Durchführung auf dem Boden „mutterrechtlicher" Behandlung des Problems S. 563. — Heranziehung der Eltern des Mannes S. 564. — Einrede der mehreren Zuhälter S. 564. — Die Mutterrechte im Verhältnis zu den Interessen des Kindes S. 565. — Prinzipielles Verlassen des mutterrechtlichen Standpunkts S. 567. — Interessenlage des Kindes dabei S. 568.

Schlußbemerkungen S. 571. — Literatur S. 573.

